



### COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

#### DERECHOS HUMANOS EN EL MUNDO

Bahrain	1	Irak	7
Bolivia	7	México	11

---

#### ARTICULOS

Niños vietnamitas solicitantes de refugio y la Convención sobre los Derechos del Niño, <i>Daniel O'Donnell</i>	18
Replantear el derecho de legítima defensa de Bosnia y Herzegovina, <i>Winston P. Nagan</i>	36
Somalia- Responsabilidad de las N.U. por violaciones de derechos humanos cometidas en ocasión de operaciones de mantenimiento de la paz. <i>Willy Lubin</i>	50
La igualdad: entre la hegemonía y la subsidiariedad <i>Eric Heinze</i>	60

---

#### COMENTARIO

Comisión de Derechos Humanos de N.U.	71
--------------------------------------	----

---

#### APLICACION JURISDICCIONAL DEL IMPERIO DEL DERECHO

Aloboetoe y otros vs. República de Surinam: Una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	84
---	----

---

#### TEXTOS BASICOS

Declaración (de N.U.) sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas	92
Principios de Madrid - Relación entre los Medios de Comunicación Social y una Justicia Independiente	95

## ***Asociación a la Comisión Internacional de Juristas***

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) es una organización no gubernamental dedicada a promover la comprensión y observancia del Imperio del Derecho y la protección jurídica de los derechos humanos en todo el mundo.

Su sede central está ubicada en Ginebra, Suiza. Posee 75 secciones nacionales y organizaciones jurídicas afiliadas. Goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la UNESCO, el Consejo de Europa y la Organización de la Unidad Africana.

Sus actividades incluyen una serie de publicaciones periódicas y no periódicas; organización de congresos y seminarios; realización de estudios sobre temas que involucran el Imperio del Derecho y la publicación de informes sobre ello; el envío de observadores internacionales a juicios penales; intervenciones ante gobiernos y difusión de comunicados de prensa referidos a violaciones del Imperio del Derecho; el patrocinio de propuestas dentro de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales para promover mecanismos y redactar tratados y convenciones tendientes a la protección de los derechos humanos.

Si usted simpatiza con los objetivos y la labor de la Comisión Internacional de Juristas, lo invitamos a apoyar su labor asociándose a ella, en calidad de:

Protector, contribución anual de	1000 Francos suizos
Simpatizante, contribución anual de	500 Francos suizos
Contribuyente, contribución anual de	220 Francos suizos

Los Socios cualquiera sea su categoría, recibirán por correo aéreo ejemplares de todos los informes y publicaciones especiales hechos por la CIJ, incluyendo La Revista, el boletín trimestral (ICJ Newsletter) en el que se da cuenta de las actividades de la Comisión (en inglés), y el Anuario CIJA (Centro para la Independencia de Jueces y Abogados) (en español, francés e inglés).

### ***Suscriptores***

Alternativamente, puede usted suscribirse solamente a LA REVISTA:

***Tarifa anual de suscripción, para la edición en español, francés o inglés :***

Por correo aéreo	24. Francos suizos
Correo aéreo preferente	33. Francos suizos

El pago puede hacerse en Francos Suizos o en su equivalente en otras monedas, sea mediante cheque o a través de la Société de Banque Suisse, Ginebra, Suiza, cuenta N° 142.548; National Westminster Bank, 63 Piccadilly, London W1V 0AJ, cuenta N° 11762837; ó Swiss Bank Corporation, 4 World Trade Center, New York, N.Y. 10048, cuenta N° 0-452-709727-00.

El Secretario General, responsable del editorial, actúa de conformidad con la política general definida por la Comisión.

Los artículos expresan la opinión de sus autores; su publicación por la Comisión implica que los mismos han sido considerados de interés general. No obstante, la Comisión se reserva el derecho de no aprobarlos en su totalidad. Los artículos no firmados, excepto el editorial, y salvo indicación expresa, han sido elaborados por el personal de la Comisión, bajo la dirección del Secretario General.

## Bahrein

### El exilio forzado en el sistema jurídico

#### Introducción

Diversos informes de ONG internacionales, regionales y nacionales afirman que las autoridades de Bahrein practican sistemáticamente el exilio forzado.<sup>1</sup> Uno de estos informes indica que aproximadamente 600 familias de Bahrein sufren las consecuencias de esta práctica.<sup>2</sup> Otro informe declara que durante el año 1993, 128 ciudadanos de Bahrein fueron expulsados del país por la fuerza.<sup>3</sup> Estos informes dan a conocer dos tipos de exilio forzado.

En el presente artículo figurará en primer lugar una breve introducción relativa al sistema legal de Bahrein. Seguidamente será examinado el exilio forzoso en virtud de las leyes nacionales de Bahrein, haciéndose hincapié en las leyes que se refieren a nacionalidad y pasaportes. Será examinada igualmente la postura de Bahrein en virtud del derecho internacional.

#### I Existen dos tipos de exilio forzado en Bahrein.

1 El primer ejemplo denunciado se

refiere a algunos ciudadanos de Bahrein que son encarcelados por delitos políticos y a quienes, después de liberados, se les pide que firmen documentos por los que se comprometen a no ejercer ninguna actividad política en el futuro. Si se niegan a firmar, son expulsados inmediatamente de Bahrein. Según se ha informado, algunos de estos ciudadanos son chiitas de origen persa.

2 El segundo ejemplo se refiere a algunos ciudadanos de Bahrein que se marcharon del país para escapar a la difícil situación política creada a raíz de la disolución del Parlamento de Bahrein en 1975, o luego de un pretendido golpe de Estado a principios de los años 80. Cuando estos ciudadanos de Bahrein intentaron regresar a su país en estos últimos años, fueron detenidos sistemáticamente en los puertos de entrada y, después de haber sido sometidos a interrogatorio, se les expidió un pasaporte válido para un período máximo de un año, con autorización

1 La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) se permitió formular una pregunta a Su Alteza Al-Sheikh 'Issa Bin Salman Al Khalifa, Emir de Bahrein, relativa al ciudadano de Bahrein Sr. Abdul Jalil Al Nu'aiki, quien, al parecer, fue expulsado de Bahrein el 17 de abril de 1994. Hasta la fecha, la CIJ no ha recibido respuesta alguna.

2 Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, *Des menaces pèsent sur un militant des Droits de l'homme* 19 de abril de 1994.

3 The Committee for the Defence of Human Right in Bahrain, *Testimony on the Treatment of Repatriating Bahraini Citizens By the Security Authorities*, Anexo II, *Lista de deportados durante 1993*.

para viajar a un número limitado de países, al parecer cinco como máximo (Yemen, Irak, Siria, Jordania y Líbano). Más tarde fueron obligados a marcharse de Bahrein con destino a otro Estado elegido por las autoridades de Bahrein.

## II Antecedentes jurídicos

El sistema jurídico de Bahrein está basado en el principio de la separación de los poderes (Artículo 32/a de la Constitución). El poder legislativo es concedido al Emir y a la Asamblea Nacional (Artículo 32/b) y las leyes no pueden ser promulgadas sino después de ser aprobadas por la Asamblea Nacional y ratificadas por el Emir (Artículo 42). Además, el Emir tiene derecho a proponer leyes (Artículo 35/a).

Si se producen eventos que requieren medidas urgentes, entre los períodos de sesiones de la Asamblea Nacional, el Emir puede aprobar, por iniciativa propia leyes para hacer frente al evento. Estas leyes tendrán fuerza legal en tanto no constituyan una violación de la Constitución. Deberán ser examinadas por la Asamblea Nacional dentro de los 15 días que siguen a la fecha de promulgación si está reunida la Asamblea y en su primera reunión si se halla en receso.

Las leyes «Emiri» relativas a la nacionalidad y el exilio forzado fueron promulgadas en ausencia de la Asamblea. De conformidad con la

Constitución, el Emir tiene derecho a disolver la Asamblea Nacional por Decreto, especificando las razones que motivan la disolución; la Asamblea no deberá ser disuelta posteriormente por las mismas razones. Si la Asamblea es disuelta, deberán ser convocadas elecciones parlamentarias para elegir una nueva Asamblea a más tardar dos meses después de la disolución. Si las elecciones no se celebran dentro de este período, la Asamblea disuelta conserva todos sus poderes constitucionales, reuniéndose inmediatamente como si la disolución no hubiese tenido lugar y prosiguiendo el ejercicio de sus funciones hasta que haya sido elegida una nueva Asamblea (Artículo 65 de la Constitución).

El 26 de agosto de 1975, fue aprobada la Ley del Emir N° 14 por la que se disolvía la Asamblea Nacional. Posteriormente, la Ley del Emir N° 4/1975 suspendió el Artículo 65 y otros artículos de la Constitución relativos a la organización de la vida parlamentaria. Estas dos leyes, que siguen estando en vigor, constituyen una violación de los artículos 65, 32/a y 42 de la Constitución. En consecuencia, la legislación examinada en este informe - que se refiere al exilio forzado y a la nacionalidad - y que ha sido promulgada después de la publicación de estas dos leyes, es inconstitucional <sup>4</sup>

---

4 Desde 1974, han sido adoptadas inconstitucionalmente por el Emir y el Consejo de Ministros las leyes siguientes: la Ley de Desfiles y Reuniones de 1973; la Ley Penal de 1976 y sus enmiendas de 1982; la Ley de la Corte Suprema Civil de Apelación (Tribunal de Seguridad del Estado) de 1976 y sus enmiendas de 1982; la Ley de Procedimiento ante los Tribunales de 1971; la Ley del Consejo Jurídico de 1980; la Ley de Ciudadanía de 1989; y la Ley de Pasaportes de 1975 y sus enmiendas.

### III La práctica del exilio forzado de conformidad con las Leyes de Bahrein

#### a La Constitución

El Artículo 17(c) de la constitución de Bahrein establece que está prohibido expulsar del país a los ciudadanos de Bahrein o impedirles que regresen a él. Este artículo abarca los dos ejemplos de exilio forzado: la negativa del derecho de entrar en Bahrein a los ciudadanos y la expulsión forzada de los prisioneros políticos una vez liberados.

Además, la Constitución establece en su Artículo 20 que no puede haber otros delitos y penas que no sean los previstos por la ley. Así pues, si las autoridades de Bahrein están utilizando el exilio forzoso de los ciudadanos como un castigo o como un medio de presión contra los expulsados o los miembros de sus familias, lo están haciendo en violación de la Constitución de Bahrein.<sup>5</sup>

#### b Legislación

El Artículo 17(c) de la Constitución, desde un punto de vista jurídico, es minado grandemente por la legislación de Bahrein que rige las cuestiones de nacionalidad y pasaportes.

La vinculación entre la nacionalidad y los pasaportes por un lado y el derecho a marcharse de su país y regresar al mismo, por otro lado, es evidente. Una exigencia corriente es la de que los ciudadanos de un país deben poseer un

documento válido para viajar a fin de que dispongan de la posibilidad de salir y regresar a su propio país. A lo que parece, las autoridades en Bahrein han estado utilizando el argumento de que sus ciudadanos no tienen un documento válido para viajar, a fin de negarles el derecho a entrar en Bahrein.<sup>6</sup> Al actuar así, ellos mismos se basan en leyes que les dan un considerable poder discrecional y que son una puerta abierta para los abusos. Para ilustrar lo que precede, examinamos a continuación las leyes de Bahrein relativas a nacionalidad y pasaportes.

La nacionalidad y los pasaportes en Bahrein están regidos por la Ley de Nacionalidad de 1963 y sus enmiendas; la Ley de Pasaportes N° 11 de 1975 y sus enmiendas y la Decisión N° 15 de 1976 promulgada por el Ministro del Interior, que contiene un desarrollo de la Ley de Pasaportes de 1975.

El Artículo uno de la Ley de Pasaportes N° 11 de 1975, establece que una persona que disfruta de la nacionalidad bahreiní no puede marcharse del territorio de Bahrein ni regresar al mismo, a menos que tenga un pasaporte o documento equivalente para viajar, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley.

De acuerdo con la Decisión del Ministro del Interior existen dos documentos que pueden reemplazar a los pasaportes: el salvoconducto y los pasaportes provisionales. Ambos contienen varias limitaciones para sus titulares: son válidos sólo para un viaje de un año,

5 El artículo 14(7) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice lo siguiente: «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».

6 Amnesty International, *Banned from Bahrain: Forcible Exile of Bahraini Nationals*, diciembre de 1993, en 3.

no pueden ser renovados y deben ser retirados por las autoridades cuando el interesado ingrese al país (Artículo 30). Estos documentos son emitidos inter alia para:

- las mujeres casadas que no están inscritas en el pasaporte del marido y que no poseen su propio pasaporte (párr. 3);
- las mujeres casadas que están inscritas en el pasaporte del marido, pero cuyo marido se encuentra en el extranjero o ha fallecido (párr. 4);
- cualquier persona que no posea un pasaporte o que haya perdido el suyo y se halle en una situación de emergencia (párr. 5)<sup>7</sup>

Los pasaportes son válidos para cinco años y pueden ser renovados para otro período de cinco años. Luego dejan de ser válidos.<sup>8</sup> Al parecer, un ciudadano debe presentar a continuación una solicitud para obtener un nuevo pasaporte.<sup>9</sup> El procedimiento de renovación permite a

las autoridades disponer de un medio de control de los ciudadanos.<sup>10</sup> Este control es incluso más riguroso cuando se trata de pasaportes de estudiantes que son válidos para un período máximo de cinco años, pero deben ser renovados anualmente (Artículo 1/b).

Otra restricción es la relativa al hecho de que los países en que puede entrar el ciudadano deben ser indicados en el pasaporte al tiempo de ser emitido; ulteriormente pueden ser añadidos otros países a petición del portador.<sup>11</sup>

Estas restricciones son agravadas por el Artículo 15 de la Ley de Pasaportes que establece que, si existen motivos graves, el Ministro del Interior puede negar la emisión o la renovación de un pasaporte, o retirarlo. A pesar de que la persona interesada goza de algunas garantías judiciales<sup>12</sup>, la importancia de este artículo es evidente. El término «motivos graves» es indefinido y ambiguo, concediendo al Ministro del Interior poderes discrecionales.

---

7 A pesar de que no sea rigurosamente pertinente en lo que se refiere al problema del exilio forzoso, es interesante observar que el artículo que precede está colocado dentro de un contexto jurídico que restringe severamente el derecho de las mujeres a trasladarse de un lugar a otro. De acuerdo con la decisión del ministro del Interior, una mujer tiene prohibido poseer su propio pasaporte o estar inscrita en el pasaporte de su marido, a menos que éste dé su aprobación (Artículo 14). Además, el Artículo 30 contiene en sí una importante restricción al derecho de las mujeres para trasladarse de un lugar a otro. De acuerdo con lo que indica, incluso si la mujer está inscrita en el pasaporte de su marido, sus desplazamientos son restringidos, si el marido ha fallecido o se encuentra en el extranjero.

8 Artículo 11 de la ley de pasaportes; Artículo 20 de la Decisión; y Artículo 1 del Acta de Modificación N° 3 de 1977.

9 Artículo 10 de la ley de pasaportes.

10 De conformidad con el artículo 12, el Departamento de Inmigración y Pasaportes debe entonces verificar la nacionalidad de la persona y la fecha y lugar de nacimiento antes de emitir un nuevo pasaporte.

11 Artículo 14 de la Ley de Pasaportes.

12 La persona sometida a tales medidas tiene derecho a presentar una queja ante la Corte Civil en la semana que sigue a la decisión y la Corte debe considerar la queja como urgente. Además, la persona tiene derecho a apelar contra la decisión de la Corte Civil ante la Alta Corte Civil de Apelación en la semana que sigue a la sentencia.

El Artículo 15 anticipa la cuestión de saber si la negativa a emitir o renovar un pasaporte, o la retirada del mismo, constituye ipso facto una privación de nacionalidad.

En tal caso, de conformidad con el Artículo 17/1 de la Constitución, la nacionalidad es determinada por la ley y ningún ciudadano nacido en el país será privado de su nacionalidad a menos que haya cometido traición, o adquirido doble nacionalidad, según las condiciones fijadas por la ley. Además, el Artículo 100 de la Ley de Nacionalidad de 1963, como fue modificada en 1989, dispone que la nacionalidad puede ser retirada a un ciudadano de Bahrein por una Decisión del Emir en los siguientes casos:

- si se incorpora al servicio militar en un país extranjero y persiste en ello a pesar de haberle dado su país la orden de renunciar a realizarlo;
- si ayuda o se incorpora al servicio de un país enemigo;
- si causa un perjuicio a la seguridad del Estado.

No está claro si estas situaciones constituyen «motivos graves». Si es el caso, la falta de claridad de las disposiciones permite al Ministro abusar de sus poderes. Igualmente, si en los «motivos graves» están incluidos motivos adicionales, entonces se puede argüir que el Artículo 15 amplía inconstitucionalmente la capacidad del Estado para privar a los ciudadanos de su derecho a la nacionalidad.

Como se ha visto anteriormente, las autoridades de Bahrein disfrutaban de un inaceptable poder discrecional con respecto a la emisión de documentos para viajar. Este poder es ejercido a lo largo del período de validez del pasaporte y durante el procedimiento de renovación. Al parecer, las autoridades están abusando de estos poderes para facilitar la expulsión de ciudadanos de Bahrein y al obrar así están violando la Constitución.

#### **IV El exilio forzado de conformidad con el Derecho Internacional**

El derecho a salir de su propio país y a regresar a él está establecido por el derecho internacional.<sup>13</sup> La obligación de Bahrein a respetar este derecho es de dos clases, consuetudinaria y convencional. En lo que respecta a la obligación consuetudinaria, está bien establecido que «la concordancia entre la práctica de los Estados y la opinio juris común crea una obligación legal de conformidad con el derecho consuetudinario internacional.»<sup>14</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos, que es considerada por la CIJ como parte de este cuerpo de leyes,<sup>15</sup> dispone que : «Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado»; y que :«Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.»<sup>16</sup> Además, el Artículo 15 de la Declaración establece que : «Toda persona tiene derecho a una nacionalidad» y que : «A nadie se privará arbitrariamente de su

13 O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991, Nijhoff, en 339

14 Documento E/CN.4/1987/10 *Análisis de las tendencias actuales y de los desarrollos en lo que se refiere al derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país y algunos otros derechos o consideraciones que se presenten al respecto*, 10 de julio de 1987, en 11.

15 Artículos 9 y 13(2) respectivamente.

nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.»

Además, y a pesar de que Bahrein no ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Artículo 12 (2,3) del Pacto ayuda a definir más ampliamente este derecho y la práctica consuetudinaria de los Estados. El Artículo dispone que : «Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio» y «Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.» Como ya se ha indicado, el derecho a salir libremente de su propio país y el derecho a adquirir un documento para viajar son inseparables. Así pues, la negativa a conceder un pasaporte a sus ciudadanos, deberá ser vista a la luz de las condiciones contenidas en este Artículo.

En cuanto a sus obligaciones convencionales en virtud del Derecho Internacional, Bahrein ha ratificado la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y está jurídicamente obligado por las disposiciones contenidas en la misma. De conformidad con el Artículo 5 de esta convención, «... los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho

de toda persona a la igualdad ante la ley sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: ..., d, i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado; ii) El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.»

Se pretende que algunos de los ciudadanos bahreínes que fueron expulsados de Bahrein y sobre quienes pesa la sospecha de ser oponentes políticos, son chiitas y de origen persa, o sospechosos de tener vinculaciones con Irán. Si está bien establecida la existencia de un vínculo directo entre sus orígenes y la expulsión, entonces la actuación de Bahrein es una indiscutible violación de sus obligaciones en virtud de los artículos anteriormente mencionados.

## V Conclusión

El exilio forzado viola la Constitución de Bahrein, así como el derecho internacional convencional y consuetudinario. Las disposiciones legales examinadas han sido utilizadas por las autoridades para facilitar las prácticas de expulsiones forzadas de ciudadanos de Bahrein. Esto revela que no son respetados el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, el derecho a adquirir una nacionalidad y a no ser desposeído arbitrariamente de su nacionalidad, así como el derecho a poseer documentos legalmente válidos para viajar.



## Bolivia

### Lucha contra la impunidad

En el número 51 de *La Revista*, la CIJ publicó un artículo titulado "Bolivia-Histórica sentencia contra la impunidad". En él se daba cuenta y analizaba la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, condenando a largas penas de penitenciaría al ex-dictador, General Luis García Meza y a otras 47 personas por los delitos cometidos en ocasión y como consecuencia del golpe de Estado del 17 de julio de 1980 contra un gobierno Constitucional.

La sentencia definitiva de condena dictada en la ciudad de Sucre el 21 de abril de 1993 abarcó la ilegitimidad del golpe de Estado; diversos delitos contra los derechos humanos, incluidos múltiples asesinatos; diferentes delitos de corrupción con apropiación de dineros públicos. Al momento de publicar el artículo en *La Revista*, once de los condenados habían sido capturados y se hallaban en prisión; otro de ellos, el ex-Ministro del Interior, Coronel Luis Arce Gómez, se hallaba y se halla todavía cumpliendo una condena de penitenciaría en los Estados Unidos de América por delitos de narcotráfico; los restantes se habían convertido en prófugos de la justicia. De estos prófugos, dos han sido posterior-

mente capturados en Bolivia y se encuentran también en prisión.

El más notorio de los condenados, Luis García Meza fue capturado el 11 de marzo de 1994 en un apartamento de la ciudad de Sao Paulo, Brasil, con motivo de una operación ejecutada por policías federales antinarcóticos de este país. García Meza tenía pasaporte falso que lo acreditaba como ciudadano uruguayo. Su captura había sido solicitada a Interpol (Policía Internacional). Poco tiempo después de su arresto las autoridades bolivianas solicitaron formalmente de Brasil su extradición.

Este hecho viene a marcar un nuevo avance en la lucha contra la impunidad de los autores de violaciones muy graves de los derechos humanos, al permitir que una vez concedida la extradición, el ex-dictador cumpla la condena que la justicia boliviana le ha impuesto. Servirá igualmente este caso como disuasivo para que a otros no se les ocurra en el futuro adueñarse del poder por métodos ilegales y violentos y una vez en él y para mantenerse, acudir a los asesinatos, desapariciones forzadas, torturas y otros graves delitos.

## Irak

### Implanta los castigos corporales

El 4 de junio de 1994, el Consejo del Comando de la Revolución de Irak promulgó la Decisión N° 59, por la que se introducen los castigos corporales en el Código Penal.

La CIJ tiene dos preocupaciones primordiales en lo que respecta a la decisión 59.

En primer lugar, el Consejo del Comando de la Revolución representa el

poder ejecutivo. La Decisión 59 es de tipo legislativo y debería haber sido adoptada por el poder legislativo y no por el ejecutivo.

En segundo lugar, los castigos corporales implantados por la Decisión 59 violan las obligaciones impuestas a Irak por el derecho internacional y legalizan un castigo cruel e inhumano.

## Marco jurídico

La Decisión 59 adoptada en junio de 1994 enmienda el Código Penal, Ley N° 111 de 1969 y dispone que:

- Cualquier persona que cometa un delito de robo, como se estatuye en los Artículos 440, 441, 442, 443 y 445 del Código Penal N° 111 de 1969, y en el Artículo 117 de la Ley del Derecho Penal Militar N° 13 de 1940, o un delito de robo de vehículos automotores, será castigada con la amputación de su mano derecha por la muñeca; en caso de reincidencia en el delito el autor del mismo será castigado con la amputación de su pie izquierdo por la articulación (Artículo 1).
- En aquellos casos en que la persona cometa un robo a mano armada, el castigo será la pena de muerte (Artículo 2).
- El castigo de amputación no será aplicado en los casos siguientes:
  - Si el valor del objeto robado es inferior a cinco mil dinares;
  - Si el robo se produce entre cónyuges, o entre familiares del tercer grado;

- Si el autor del robo es un menor.

- Si el tribunal determina que las circunstancias del autor del delito o las circunstancias que rodean los delitos estatuidos en el Artículo 2 (a, b) de esta Decisión, constituyen circunstancias atenuantes, deberá pronunciar una sentencia de cadena perpetua en lugar de la pena de muerte (Artículo 3).

## Preocupaciones de la CIJ

### 1 Separación de Poderes

El Código Penal de 1969 (Ley N° 111 de 1969) y la Decisión 59 que lo modifica, fueron promulgados por el Consejo del Comando de la Revolución, basándose en las competencias que le confiere el Artículo 42 (a) de la Constitución de Irak. El Artículo 42 (a) dota al Consejo con el poder de aprobar «legislación y decisiones con fuerza de ley».

En febrero de 1994, la CIJ publicó un informe titulado *Irak y el Imperio del Derecho*. En este informe, la CIJ hizo notar las siguientes preocupaciones:

- a) En Irak no existe separación de poderes. Facultades legislativas esenciales han sido acordadas al Consejo del Comando de la Revolución en los Artículos 42 y 43 de la Constitución de 1970. El poder para legislar de que está dotado el Consejo en virtud del Artículo 42 (a) es general y abarca todo.<sup>16</sup> Además, el Artículo 43 (a) confiere al Consejo autoridad exclusiva para aprobar legislación relativa a los asuntos de defensa y seguridad pública. Unidos

16 Ver *Irak y el Imperio del Derecho*, CIJ, febrero de 1994, en 23-26.

estos dos artículos, dotan al Consejo de una autoridad legislativa absoluta.

El principio de separación de poderes ordena que el parlamento, que representa al pueblo, sea el principal poder legislativo. Un poder judicial independiente debe tener poderes para garantizar que el poder legislativo no sea conferido al ejecutivo, que las leyes sean constitucionales y que sean respetadas por todos sin excepción, inclusive por el poder ejecutivo.

El Consejo del Comando de la Revolución constituye el poder ejecutivo y sus miembros son designados por sus nombres en la Constitución de 1970.<sup>17</sup> La consecuencia de ello es que no hay garantía de que las leyes adoptadas por el Consejo representen la voluntad del pueblo.

- b) El resultado es que la mayor parte de la legislación de Irak ha sido aprobada por el Consejo del Comando de la Revolución, en asuntos que conciernen al pueblo y sin control alguno ya sea del poder legislativo o del judicial. Así pues, la Decisión 59 se inscribe en una larga lista de leyes adoptadas por el Consejo por medio de legislación y de decisiones generales con fuerza de ley.

Esto es agravado por el hecho de que el Consejo adopta decretos por mayoría de votos entre sus miembros, en reuniones a puerta cerrada. Por consiguiente, no hay posibilidad

de asistir a las deliberaciones que tienen lugar dentro del Consejo, antes de que sean adoptadas las leyes.

## **2 La Decisión 59 constituye un precedente grave**

Los castigos corporales implantados por la Decisión 59, constituyen un castigo cruel e inhumano, tanto en virtud del derecho internacional, como de las leyes nacionales de Irak.

Las disposiciones de la Decisión 59 constituyen una violación de las obligaciones de Irak en virtud del derecho internacional.<sup>18</sup> El Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del que Irak es parte, dice lo siguiente: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.»

A nivel nacional, las disposiciones de la Decisión 59 están en contradicción con el Artículo 22 (a) de la Constitución de 1970 que prohíbe toda clase de torturas físicas o psicológicas.

Además, Irak pretende que su legislación está formulada de acuerdo con «las características de la presente época y basándose en las experiencias pasadas de las naciones árabes.»<sup>19</sup> En consecuencia, excepto para los asuntos de condición personal, que son regidos por la Sharía islámica, la Sharía -como sistema legal- no constituye la base del sistema jurídico de Irak. Así pues, a pesar de que los cas-

17 Artículo 37(b) de la Constitución de 1970.

18 Irak ratificó el 25 de enero de 1971 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

19 Artículo 18 de los Estatutos del Partido Baas.

tigos corporales son reconocidos dentro del sistema jurídico islámico, su aplicación en Irak es contraria a lo que Irak pretende.

### 3 El papel del poder judicial

La CIJ está preocupada por el hecho de que el poder judicial ha aplicado ya los castigos corporales sobre la base de la Decisión 59. De acuerdo con un informe publicado por Amnistía Internacional<sup>20</sup>, esta decisión fue aplicada en junio de 1994, en dos casos. Dos hombres declarados culpables del robo de alfombras de la mezquita de Bahriz al Kabir fueron condenados a la amputación de la mano por el Tribunal de lo Criminal, en

Bagdad. No sabemos cuando será ejecutada la sentencia, y si los acusados tendrán derecho a deducir apelación.

Como se indicó anteriormente, las disposiciones de la Decisión 59 son inconstitucionales, tanto por el hecho de haber sido adoptadas por el poder ejecutivo, como por estar en contradicción con la Constitución de 1970. El hecho de que el Tribunal de lo Criminal, antes citado, las hubiere aplicado, refuerza lo que sostenía la CIJ en su informe Irak y el Imperio del Derecho, a saber que la magistratura en Irak no es independiente y está dominada por el Consejo del Comando de la Revolución.<sup>21</sup>

---

20 Amnistía Internacional, MDE 14/04/94, 24 de junio de 1994.

21 Irak y el Imperio del Derecho, *op. cit.*, en 43-59

## México

# Informe preliminar de la Misión de la CIJ a México con motivo del levantamiento indígena en Chiapas.

1º al 10 de febrero de 1994

La Comisión Internacional de Juristas, ante las noticias recibidas sobre un levantamiento armado indígena en el Estado de Chiapas, en el Sureste del territorio de la República de México, decidió con urgencia enviar una misión a Chiapas. Dicha misión, compuesta por Eduardo Duhalde (de Argentina) y Alejandro Artucio (de Uruguay), tuvo por cometido informarse directamente de la situación, contactando con todos los sectores afectados, así como también ofrecer sus servicios para favorecer una solución del conflicto a través del diálogo.

Es de justicia señalar que la misión recibió amplia cooperación y apoyo del gobierno federal y de las autoridades locales, lo que facilitó su tarea. Ningún entorpecimiento le fue opuesto. La misión se entrevistó con autoridades federales, estatales y locales, con organizaciones nacionales no gubernamentales, periodistas, sacerdotes y ministros de la Iglesia Católica, miembros de comunidades indígenas.

El 1º de enero de 1994, en las primeras horas del día, mientras la población todavía festejaba el año nuevo, una organización armada hasta ese momento desconocida, el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) desencadenó una ofensiva, ocupando militar-

mente una amplia región a lo largo de varios centenares de kilómetros, región que comprende varias ciudades y centros poblados. El Gobierno federal reaccionó rápidamente enviando a la zona miles de soldados (más de 10.000) que sostuvieron con los guerrilleros combates de importancia. Como resultado se produjeron numerosas víctimas, aun cuando su número es aún impreciso. Los combates se extendieron por cinco días con intensidad, seguidos de otros siete días ya en forma esporádica. El 12 de enero, por decisión unilateral, el Sr. Presidente de México ordenó a las fuerzas armadas detener la ofensiva y ofreció a los insurgentes un diálogo que fue aceptado por éstos, que también decidieron suspender las hostilidades. Cabe señalar que con acuerdo de ambas partes se están buscando condiciones de seguridad para celebrar el diálogo de paz. Pero existe un virtual "cese el fuego".

Algunas cifras servirán para tener una idea más clara del por qué de la crisis.

El Estado de Chiapas es una extensa zona montañosa, con alturas que oscilan entre 850 y 2.500 metros sobre el nivel del mar. Su extensión territorial es de 75.634 km. cuadrados, cubierta por densos bosques y con una larga frontera

terrestre con Guatemala. Sus riquezas son múltiples, principalmente en café, cacao, madera, maíz, plátanos y frutas diversas, ganados, telas, artesanía, petróleo, recursos hidroeléctricos.

La mayor parte de su población (según el censo de 1990 del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, su población se elevaba a 210.500 habitantes) que es indígena, vive en el medio rural. Esta población indígena está compuesta por cinco etnias diferentes: tzeltal, tzotzil, zoque, tojolabal, choles. Desde el punto de vista lingüístico, el 32% de los indígenas no habla español, sino una o varias de sus lenguas. El índice de analfabetismo es en la región, el más alto del país, alcanzando el 30.1% y considerando no sólo el idioma español, sino también la alfabetización en las lenguas autóctonas. Pero en comunidades indígenas ese porcentaje sube al 47.5 % (Los Altos), el 46.7 (Selva Lacandona), 37.3% (Zona Fronteriza).

Hay gran carencia de centros de atención de la salud, con un quirófano por cada 100.000 habitantes y una tasa de mortalidad infantil más alta que la media nacional; se encuentra un médico por cada 1.500 habitantes. Las causas principales de decesos son las infecciones intestinales, respiratorias, desnutrición, y paludismo.

Chiapas es el Estado de México donde se perciben los salarios más bajos. La realidad constatable en el plano laboral es la de una tremenda explotación de los trabajadores (en general indígenas) por parte de propietarios de tierra y comerciantes. A pesar de ser la zona de México que genera casi el 60% de la energía eléctrica de todo el país, el 34.9% de las comunidades y el 33.1% de las viviendas no cuenta con servicio eléctrico. Según datos oficiales del censo de

1990, en zonas urbanas son muy pocas las viviendas dotadas de servicios básicos: en Altamirano la mitad de las viviendas no tiene agua corriente; una de cada cuatro dispone de drenaje y luz eléctrica; en Las Margaritas, sólo la cuarta parte de las viviendas tiene agua corriente; 9 de cada 10 no tiene drenaje; y sólo una de cada tres dispone de luz eléctrica. En suma, un cuadro de pobreza extrema y una situación de irritante retraso en relación a otros Estados de México.

A ello coadyuva, una marcada discriminación contra el indígena que encuentra su expresión mas notoria en el "caciquismo", encarnado por grandes propietarios que mantienen bandas armadas, verdaderos grupos paramilitares llamados "guardias blancas", responsables de atropellos y abusos de todo tipo contra los indígenas. La tremenda subestimación del indígena llevó a hacer creer a terratenientes y grandes comerciantes, que aquellos no merecerían ser respetados; ni en sus tradiciones y formas culturales, ni en su integridad o aún en su vida. Durante las últimas décadas se han venido señalando en Chiapas numerosas y graves violaciones a derechos humanos: asesinatos de líderes campesinos e indígenas con motivo de conflictos agrarios; desalojos violentos de comunidades indígenas que habían ocupado tierras en el marco de conflictos por su tenencia; cárcel y malos tratos a campesinos e indígenas empeñados en la lucha por la tierra; abusos de autoridad. En el plano político es de destacar el continuo fraude e irregularidades electorales, que fueron llevando invariablemente a que el partido en el poder (PRI) obtuviese en muchos circuitos electorales, el 100% de los votos emitidos. Todo ello, acompañado de una total y

completa impunidad para los transgresores.

El Gobierno Federal emprendió en los últimos años de la actual administración, un programa de ayuda para el desarrollo y de asistencia para el Estado de Chiapas, llamado PRONASOL. Si bien encomiable este esfuerzo, fue tardío y notoriamente insuficiente.

Tal estado de cosas fue convirtiendo la situación en potencialmente explosiva y se fue creando el caldo de cultivo para que los indígenas se organizaran política y militarmente (según propias declaraciones del EZLN comenzaron a organizarse hace diez años). La historia de las últimas décadas muestra que una larga serie de movilizaciones indígenas en Chiapas reclamando tierras, mejores condiciones de vida y justicia social, se saldaron o con represión o con indiferencia. Cuando creyeron agotadas las vías pacíficas, se levantaron en armas para hacer escuchar su voz, en lo que mas de un intelectual mexicano ha calificado como "rebelión de los olvidados".

En sus comunicados públicos, los insurgentes han afirmado no tener por objetivo la toma del poder, sino el corregir las injusticias extremas y discriminación que padecen. Es claro que siendo la República Mexicana un todo y como Chiapas no es por tanto, una entidad estanca, plantean también exigencias de orden democrático al sistema político global. Finalmente se oponen al Tratado de Libre Comercio, firmado por México con Estados Unidos de América y Canadá, por considerar que traerá mayor pobreza y subordinación para México.

La explosión indígena del 1º de enero consistió en la ocupación militar simultánea de una serie de municipios,

ciudades y centros poblados. Entre ellos y por citar las ciudades con mayor población en la región: San Cristóbal de las Casas (80.000 habitantes), Ocosingo, Altamirano, Las Margaritas, Oxchuc. Atacaron luego, el 2 de enero, el principal agrupamiento militar de la zona, el Cuartel General de la 31 Zona Militar, conocido como "Rancho Nuevo", ubicado a pocos kilómetros de la ciudad de San Cristóbal de las Casas, sin poder tomarlo, debido a la resistencia de sus defensores. En las ciudades ocupadas los sublevados ocuparon los edificios de las Presidencias Municipales, destruyeron mobiliario y prendieron fuego a los archivos administrativos. En las proximidades de San Cristóbal tomaron la cárcel pública y liberaron a los presos. Tomaron también algunos rehenes aún cuando todos ellos, con la sólo excepción del ex Gobernador del Estado en el período 1982-88, general Absalón Castellanos, recuperaron la libertad luego de algunas horas. El general Absalón Castellanos fue liberado el 16 de febrero.

El despliegue militar del EZLN sorprendió a los analistas de temas militares, al dejar en evidencia una gran capacidad operativa, una disciplinada coordinación de los efectivos y un alto nivel estratégico. No ha sido posible determinar el número de efectivos movilizadas por el Ejército Zapatista, aun cuando fuentes confiables estiman que no debe haber sido menor de 1.000. Según testigos, no todos iban bien armados: muchos con fusiles modernos (AR 15 y AR 16), pero otros con viejas escopetas de caza y rifles 22; algunos combatientes ni siquiera portaban armas de fuego. Los combates fueron particularmente intensos en Altamirano, Ocosingo y en el Cuartel General de la 31 Zona

Militar, ocasionando numerosas pérdidas de vidas humanas en ambos bandos (su número sigue siendo impreciso, aunque una posible estimación de todo el conflicto las ubicaría entre 200 y 300 muertos y un número también indeterminado de heridos). En la ciudad más poblada, San Cristóbal, afortunadamente no hubo víctimas - sólo daños en la Presidencia Municipal - retirándose de ella los insurgentes el día 2 de enero.

Las Fuerzas Armadas y de Seguridad Pública fueron movilizadas de inmediato y en poco tiempo confluyeron a la zona del conflicto más de 10.000 efectivos, armados con armas livianas y pesadas, incluyendo tanques, tanquetas, cañones, aviones y helicópteros. El peso principal de las operaciones lo llevó el Ejército, en ocasiones apoyado por la aviación y en los centros urbanos, por la Policía. El 12 de enero, por decisión unilateral, el Sr. Presidente de México ordenó a las fuerzas armadas detener la ofensiva, suspendiendo toda iniciativa de fuego; las fuerzas armadas sólo responderían en caso de ser atacadas o si se atacara a la población civil. Simultáneamente, el Jefe del Estado ofreció a los insurgentes un diálogo para restablecer la paz, anunciando desde ya los lineamientos de lo que luego sería la Ley de Amnistía aprobada por el Parlamento. Por su parte, el mismo día, el EZLN decidió en respuesta suspender "toda operación ofensiva en contra de tropas federales". No se pronunciaron expresamente respecto a la amnistía ofrecida, aunque en reportajes de la prensa de sus mandos la cuestionan, entendiendo que no tienen de qué "ser perdonados". Es de encomiar el hecho de que a pesar de la gravedad del conflicto, el Gobierno no decretó el Estado de Excepción y por tanto no suspendió la vigencia de los derechos funda-

mentales.

En un primer momento el Gobierno atribuyó la responsabilidad de la sublevación a influencias del exterior y participación extranjera (guatemaltecos, salvadoreños), aunque rápidamente rectificó su discurso. La misión quedó convencida de que las fuerzas del EZLN están integradas casi exclusivamente por indígenas; así lo dejan en evidencia sus muertos, los heridos que fueron atendidos en los hospitales de Altamirano y Ocosingo y los combatientes que fueron capturados.

Sin perjuicio de las informaciones que preceden que fueron obtenidas in situ, y recopiladas de datos oficiales y no oficiales cuya veracidad fue debidamente valorada y sopesada por la misión, podemos señalar algunas constataciones efectuadas y una serie de conclusiones.

Al rechazar los ataques armados, desalojar a los insurgentes de Ocosingo (única ciudad todavía ocupada cuando entró en ella el Ejército), y de Altamirano, se produjeron víctimas entre la población civil y entre ambos bandos combatientes.

La misión está en situación de afirmar que durante la ofensiva, y aún incluso en días posteriores a ella, tropas gubernamentales se han hecho culpables de graves violaciones a los derechos humanos, que pueden resumirse como sigue.

Agentes gubernamentales y más precisamente tropas del Ejército llevaron a cabo ejecuciones sumarias de detenidos; algunos de ellos capturados heridos y otros no. Lo anterior puede afirmarse con responsabilidad, luego de los exámenes médicos de cadáveres exhumados, hechos por patólogos y que los miembros de la misión presenciaron. Así



han podido constatarlo en 7 casos, que tuvieron lugar, 5 en la ciudad de Ocosingo y 2 en Las Margaritas.

Otros casos, comprendiendo un número entre 20 y 25 podrían también haber sido víctimas de ejecuciones sumarias; tal por ejemplo los heridos que fueron retirados por el ejército del Hospital de Ocosingo durante los combates. También los zapatistas que habían tomado un microbús y fueron interceptados, originándose un combate en las cercanías del Cuartel General de la 31 Zona Militar ("Rancho Nuevo"); existen fuertes indicios para pensar que no todos sus 14 ocupantes murieron en actos de combate. Entre otros indicios figura el de que, según las fotografías tomadas por el Ministerio Público Federal, varios de los cuerpos aparecían en la carretera y en la banquina adyacente. Y es un hecho conocido de que en ese tipo de combate, generalmente los heridos son más que los muertos.

De todas formas la Comisión Nacional de Derechos Humanos está llevando a cabo una investigación para determinar las circunstancias de cada una de esas muertes; la dificultad principal radica en que el Ejército no ha proporcionado la información de dónde han sido sepultados los cadáveres, por lo que hasta el fin de la misión momento su necropsia no había sido posible.

Se han verificado decenas de casos de detenciones arbitrarias de miembros de la población civil (su número podría superar los 200), sospechados de colaboración o tan solo de simpatía con los Zapatistas. La mayor parte de estos detenidos sufrieron torturas y malos tratos en unidades militares, consistentes en golpes de puño y de pie, y unas pocas veces en inmersión de la cabeza en agua hasta el límite de la asfixia. La mayor

parte de los detenidos fueron liberados al cabo de un mes y sólo quedaban cuando la misión dejó Chiapas, 32 detenidos.

Existen temores fundados de que pueden haber existido numerosas desapariciones forzadas de personas. Por el momento resultaría prematuro extraer conclusiones definitivas, dado que el conflicto armado ha hecho huir de sus lugares de residencia a unas 8.500 personas, y ha sido muy difícil en una región con las características descritas, que las familias obtuvieran informaciones sobre el destino y paradero de sus prójimos. No obstante, la misión está en condiciones de afirmar responsablemente que hay alrededor de 20 casos de personas a quienes no se ubica, luego de haber sido detenidas. Es decir no se trataría de personas que huyeron por la montaña, sino de gente que, según testimonios concordantes, habría sido detenida por agentes gubernamentales. Incluso, en más de un caso, habrían sido vistos en unidades militares por testigos que luego fueron puestos en libertad. Las dependencias estatales competentes y las ONG nacionales están tratando de reunir la información pertinente.

Con respecto a las investigaciones en curso de posibles violaciones a los derechos humanos, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (gubernamental), fue enviada de inmediato a la zona de los hechos y allí instaló oficinas. La misión de la CIJ pudo verificar que la Comisión Nacional ha encarado sus tareas de manera imparcial y responsable, y ha desplegado importantes esfuerzos. Su Presidente el Lic. Jorge Madrazo, facilitó a la misión valiosa información, incluyendo los casos de ejecuciones sumarias.

Las ONG mexicanas han estado particularmente activas en la región,

apoyando a los afectados y favoreciendo las condiciones para el diálogo de paz. Igualmente debe encomiarse la labor del Sr. Obispo católico de la diócesis de San Cristóbal de las Casas, Monseñor Samuel Ruiz, quien ha aceptado cumplir el rol de intermediario para establecer el diálogo entre ambas partes, conjuntamente con el Lic. Manuel Camacho Solís, designado por su Excelencia el Sr. Presidente de la República, como Comisionado para la Paz y la Reconciliación. Igualmente el Gobierno Federal de México ha extendido una invitación al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para que se hiciera presente, a fin de llevar a cabo actividades asistenciales a las víctimas del conflicto y a la población civil, así como para realizar visitas a personas detenidas en virtud de los sucesos. El CICR respondió favorablemente y envió sus representantes al Estado de Chiapas.

La misión de la CIJ no ha podido verificar que se hubieren llevado a cabo bombardeos sobre la población civil, tal como lo había informado la prensa internacional. Este punto fue motivo de especial preocupación de la misión en cada uno de los lugares que visitó (San Cristóbal de las Casas, Ocosingo, Altamirano, Oxchuc, Las Margaritas), planteando la pregunta a los pobladores o inspeccionando lugares. Hubo sí bombardeos con cohetes desde aviones y helicópteros, pero todo parece indicar que los objetivos habrían sido concentraciones de fuerzas del Ejército Zapatista, fuera de los poblados.

Con relación a presuntas conductas abusivas contra la población civil por parte de integrantes del Ejército Zapatista, la misión de la CIJ no ha recibido quejas de abusos que les sean imputables, luego de haberlo preguntado

reiteradamente en distintas localidades afectadas. Los únicos casos son el secuestro y privación de libertad ya mencionada del general Absalón Castellanos Domínguez, la sustracción de ganado a propietarios de tierras y la destrucción por el fuego de los archivos de varias Municipalidades. El trato que proporcionaron a diversos heridos de las fuerzas gubernamentales que cayeron en su poder, fue humanamente correcto. Como ejemplo puede citarse que al retirarse de Altamirano dejaron cuatro policías heridos en los combates, al cuidado de las Hermanas de Caridad que administran y prestan asistencia médica en el hospital de dicha localidad.

Una precisión final con respecto a la Ley de Amnistía aprobada por los Parlamentos Federal y Estatal el 20 de enero de 1994. Si bien la CIJ se complace de la utilización de la amnistía como mecanismo pacificador, lamenta que ésta haya sido redactada en términos tan amplios como para comprender a ciertos delitos cometidos por agentes gubernamentales que deberían ser excluidos de una amnistía. Al menos hasta tanto se investiguen los hechos, se juzgue a sus responsables, se apliquen las sanciones penales que pudieren corresponder y se indemnice a las víctimas o a sus familiares. Nos referimos a delitos tales como asesinatos de prisioneros (ejecuciones sumarias), desapariciones forzadas y torturas. Estos hechos, por su particular gravedad, deberían ser excluidos de toda amnistía, tal como lo requiere el derecho internacional emanado de los tratados de los que México es Parte. Al menos hasta que se cumplan las etapas antes mencionadas.

La sublevación armada de los indígenas de Chiapas ha provocado profundo impacto en el conjunto de toda la socie-

dad mexicana, impacto que ha alcanzado al sistema político en su conjunto. Máxime en momentos en que los partidos políticos comenzaban su campaña electoral en vista de las elecciones presidenciales de agosto de 1994. En lo local, el Gobernador del Estado - duramente

cuestionado por los Zapatistas - ha sido sustituido y el Congreso del Estado de Chiapas ha designado nuevo Gobernador, en la persona del Sr. Javier López Moreno.

## Reaseantamiento o repatriación : Comentario sobre la situación de los niños vietnamitas solicitantes de refugio y la Convención sobre los Derechos del Niño

*Daniel O'Donnell\**

Durante el decenio de 1970 y a principios del de 1980, la dramática situación de los refugiados del mar vietnamitas, víctimas de piratas y a quienes muchos países del sudeste asiático negaban asilo, sacudió la conciencia de la comunidad internacional. Hoy, ocho años después de la caída de la República de Vietnam, el problema de los solicitantes de asilo vietnamitas ha dejado de ser una prioridad en las cuestiones de orden humanitario sobre las que se alerta a la opinión pública. No obstante, el problema subsiste y unos 60.000 vietnamitas siguen viviendo en los campamentos que se extienden a lo largo de del sudeste asiático.<sup>1</sup>

El primer plan internacional ad hoc para solucionar la crisis de los refugiados indochinos se aprobó en la Reunión

sobre los Refugiados y las Personas Desplazadas en el Asia sudoriental, celebrada en Ginebra el 20 y 21 de julio de 1979. El elemento primordial de la solución aprobada entonces fue la aceptación por los países de la región, de conceder asilo provisional a todos los refugiados del mar, a condición de que ulteriormente fueran acogidos por los países industrializados con mayores posibilidades. Este acuerdo fue indudablemente un logro considerable para aliviar la situación precaria de los refugiados del mar y garantizar un mayor respeto de los principios humanitarios aceptados internacionalmente.

Hacia 1987, dicho plan encontró serias dificultades debido a la afluencia permanente de millares de solicitantes de asilo por año, y a una creciente renuen-

\* Miembro del Colegio de Abogados de Nueva York, miembro de la Junta de Fideicomisos de «Community and Family Services International (CFSI)», ONG internacional con sede en Filipinas. El presente artículo se basa en un documento de posición preparado para dicha organización.

1 Discurso de apertura del Alto Comisionado para los Refugiados, Reunión del Quinto Comité del Programa de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Indochinos, 14 de febrero de 1994, pág. 1.

cia por parte de los países de acogida de seguir recibiendo grandes contingentes de refugiados del mar vietnamitas.<sup>2</sup> A raíz de esta situación, se convocó a una segunda conferencia internacional, la Conferencia Internacional sobre Refugiados Indochinos, que tuvo lugar en Ginebra en junio de 1989 y en la que se aprobó un Plan General de Acción (PGA).<sup>3</sup>

El enfoque de este plan difiere del anterior, principalmente porque ya no se presupone que todos aquellos que huyen de Vietnam, lo hacen para escapar a la represión o la persecución. A partir de entonces, se establece un procedimiento a escala regional para determinar si a los vietnamitas que llegan a los países vecinos, se les reconoce la condición de refugiado o si se trata de emigrantes que dejaron el país por motivos de orden económico. Los primeros tendrán derecho a ser acogidos por otro país pero los segundos, es decir, quienes no reúnan los requisitos que les dan derecho a la condición de refugiado, serán enviados de vuelta a Vietnam. El plan también prevé un procedimiento especial para los

niños no acompañados, basado no solo en el criterio general de «temores fundados» sino también en el «interés superior del niño» y en el principio de reunificación familiar.

Desde 1975 a la fecha, más de un millón de vietnamitas fueron acogidos por otros países, principalmente en Australia, Europa y Norteamérica.<sup>4</sup> Ello dio lugar a poderosas fuerzas de apoyo que contribuyeron al éxodo permanente de solicitantes de asilo; éxodo que recién se redujo considerablemente dos años después que comenzaran a aplicarse en los países de la región, los procedimientos previstos en el PGA.<sup>5</sup> De ahí el gran número de solicitantes de asilo a quienes se reconoció la condición de refugiado, diseminados a lo largo de los cinco «países de primer asilo», a saber: Indonesia, Malasia, Filipinas, Tailandia y Hong Kong.<sup>6</sup> Conforme a dicho plan, han de desplegarse esfuerzos por convencerlos de que vuelvan a Vietnam voluntariamente; si dichos esfuerzos fracasan, se recurrirá a «otras alternativas que se consideren aceptables en la práctica internacional».<sup>7</sup> El gobierno de Hong

2 Véase *The History of the Comprehensive Plan of Action* de Sven A. Brónée en *International Journal of Refugee Law* Vol. 5, Nº 4, Oxford 1993, y *The Comprehensive Plan of Action for Indo-Chinese Refugees: An Experiment in Refugee Protection and Control, in Uncertain Haven: Refugee Protection on the Fortieth Anniversary of the 1951 United Nations Refugee Convention* de Arthur Helton, *Lawyers Committee for Human Rights*, Nueva York, 1991, pág. 16.

3 Documento A/44/523 de la ONU.

4 Documento SC IV/Doc.3 de la ONU del 29 de abril de 1991, citado por Helton en la obra mencionada anteriormente.

5 En 1989, año en que se aprobó el PGA, a dichos países llegaron 71.364 refugiados del mar vietnamitas; 30.936 en 1990, 22.422 en 1991 y 55 en 1992. Documento del ACNUR A/AC.96/808, Parte II, párrafo 2.0.9. En 1991, el porcentaje de refugiados del mar «reconocidos» osciló entre un alto 87% en Hong Kong y un bajo 58% en Filipinas. Helton, obra citada, pág 52.

6 En este contexto el término «país de primer asilo» se aplica también a Hong Kong, territorio que en realidad forma parte de la China y se encuentra temporalmente bajo soberanía británica. El PGA no se aplica a los vietnamitas que obtuvieron refugio en la República Popular China; unos 250.000 según las estimaciones.

7 PGA, párrafos 12 y 14.

Kong fue el primero a aprobar dichas medidas (octubre de 1991) en el «Orderly Return Programme». Indonesia adoptó una política similar en octubre de 1993 y, últimamente, el Comité del PGA exhortó a los demás países a hacer lo propio para garantizar que la repatriación de aquellos que no se consideran refugiados, concluya a fines de 1995.<sup>8</sup>

En febrero de 1994, se encontraban en esta situación casi mil niños no acompañados, menores de 18 años.<sup>9</sup> Los países de primer asilo se han mostrado renuentes, y es comprensible, a obligarles a volver a Vietnam, pero unos pocos decidieron volver voluntariamente. No obstante, la renuencia de adoptar medidas más categóricas, sumada al tiempo que insume tomar la decisión de considerarlos refugiados o no, se tradujeron por una larga estadía de todos ellos en campamentos donde permanecieron durante tres años o más, separados de sus familiares.<sup>10</sup> Finalmente, en 1993, el ACNUR decidió dar prioridad a la repatriación expedita de estos niños, mediante la denominada «Operación de reunificación familiar».<sup>11</sup> Según este programa, si bien la repatriación voluntaria sigue considerándose la mejor solución, el consentimiento del interesado deja de ser requisito previo para que vuelva a Vietnam y se reúna con su familia. Al

principio, la operación fue lenta y en los primeros 10 meses solo 180 niños volvieron a reunirse con sus padres en Vietnam.<sup>12</sup> Últimamente, el Comité del PGA se fijó la meta de concluir el programa de reunificación familiar a fines de 1994, repatriando a todos aquellos niños que se encuentran en países de primer asilo.<sup>13</sup>

En el presente artículo se analiza la situación de los niños solicitantes de asilo desde el punto de vista de la Convención sobre los Derechos del Niño y más precisamente, la cuestión urgente y sensitiva de la repatriación sin consentimiento de los niños no acompañados. Solo se plantean al pasar, las normas y procedimientos innovadores para evaluar cada caso, aplicados en el ámbito del PGA, y los métodos de selección empleados en la práctica. Ahora que dicho programa entra en la etapa final, sería oportuno y valioso estudiar con detenimiento estas cuestiones. No obstante, habida cuenta de la necesidad de tomar medidas apropiadas para resolver sin demora la situación de estos niños que han sufrido una prolongada separación de sus familias, el artículo se centra en los derechos de todos ellos, conforme a su situación actual.

8 Declaración de la Reunión del Quinto Comité Director del Programa de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Indochinos, 14 de febrero de 1994, párrafos 15-17.

9 Discurso de apertura del Presidente del Quinto Comité Director del Programa de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Indochinos, 14 de febrero de 1994, pág. 2.

10 En 1992, un 85% de los menores que se encontraban en los campamentos de solicitantes de asilo en Filipinas, había llegado en 1988 o 1989, y un 48% de los entrevistados en una encuesta sobre menores solicitantes de asilo en Hong Kong, también habían llegado en esos dos años. *Living in Detention* Nota 15, pág.1 y *Psychosocial Well-Being* Nota 15, pág. 8 (véanse notas 15 y 16 del presente artículo).

11 *Ibid* 5 párrafo 2.0.13.

12 *Ibid* 8 párrafo 23.

13 *Ibid*.

## 1 La situación de los niños solicitantes de asilo en el sudeste asiático

Según fuentes del ACNUR, en enero de 1993, el número de niños solicitantes de asilo en los países de primer asilo se elevaba a:

Filipinas	301
Indonesia	139
Tailandia	245
Malasia	214
Hong Kong	2052
<b>Total</b>	<b>2951</b>

Un 46%, es decir casi la mitad, tenía 16 o 17 años; un 39% entre 12 y 15 y un 15%, menos de 12.

En este artículo, se entiende por «niño» al menor de 18 años, tal como se estipula en las «Directrices relativas a los niños refugiados» (ACNUR, 1988) y en el Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece: «... se entiende por niño a 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.» Salvo Malasia, los demás países de primer asilo y Vietnam son Estados Partes de dicha Convención<sup>14</sup>

La Oficina Internacional Católica de la Infancia publicó estudios sobre el estado psicológico de los niños solicitantes de asilo en Hong Kong y Filipinas.<sup>15</sup> Si bien estos estudios constatan algunas diferencias acerca de las experiencias de estos niños en uno y otro país, e incluso en los distintos campamentos de Hong Kong, ambos ofrecen un valioso panorama de los antecedentes y la situación actual de los niños vietnamitas solicitantes de asilo entrevistados en los campamentos de los países de primer asilo.

Cuando se realizaron dichos estudios, un 44% de los niños solicitantes de asilo en Hong Kong, y un 24% de los que se encontraban en Palawan, Filipinas, estaban acompañados por el padre o la madre.<sup>16</sup> Muchos de los no acompañados habían sido confiados a un adulto res-

14 CDN/C/24, Anexo III. Cabe señalar que si bien a efectos legales, la mayoría de edad en Vietnam es 18 años, el gobierno aceptó facilitar la repatriación, anulando el procedimiento de selectividad por motivos de seguridad, previo a la misma, en el caso de los menores de 16 años.

15 Margaret McCallin, *Living in Detention: a review of Psychological Well-Being of Vietnamese Children in the Hong Kong Detention Centres* -International Catholic Child Bureau, Ginebra 1992; y *The Psychosocial Well-Being of Vietnamese Minors in the Philippines: A Comparison with Hong Kong* - ICCB, Ginebra, 1993. Ambos estudios se basan en las encuestas preparadas en colaboración con los Dres. James Garbarino, experto en psicología, y Edgardo Menveille, experto en psiquiatría, que tenían experiencia previa con niños refugiados; encuestas que se llevaron a cabo en 1992 contando con la asistencia de *Community and Family Services International*.

16 *Living in Detention* pág. 3; *Psychosocial Well-Being* pág. 1. Los estudios sobre Hong Kong y Filipinas se limitan a los niños mayores de 10 y 12 años, respectivamente, dado que el cometido de los mismos era estudiar la situación de aquellos que habían huido de Vietnam y no la de los niños nacidos en los campamentos. Por ende, salvo indicación contraria, las cifras corresponden a niños de 10 a 18 años en lo que se refiere a Hong Kong y de 12 a 18 en el caso de Filipinas. Asimismo, cabe señalar que si bien un 44% de los niños de 10 a 17 que se encontraban en Hong Kong estaban acompañados, solo un 27% de los entrevistados lo estaban. *Living in Detention* Cuadro 1, pág. 8.

ponsable: 45% en el caso de Hong Kong y 36% en el de Filipinas.<sup>17</sup> Tan solo un 11% de los de Hong Kong y un 40% de los de Palawan no estaban acompañados por uno de los padres ni habían sido confiados a un adulto.<sup>18</sup>

En el estudio relativo a Hong Kong se hacen constataciones inquietantes respecto al estado psicológico de los niños solicitantes de asilo:

«...las secuelas principales que caracterizan a los niños estudiados son depresión y ansiedad. Les aqueja la tristeza típica en estos casos, acompañada de falta de energía y de desinterés por lo que sucede a su alrededor. Los temores por la seguridad personal abruman la vida cotidiana de todos ellos. Acusan síntomas psicósomáticos de ansiedad, están inquietos y tienen problemas de concentración. El recuerdo de las experiencias angustiosas que han vivido impregna todos sus pensamientos.»<sup>19</sup>

Los expertos participantes en el estudio alertan que «si no se atiende inmediatamente a sus necesidades, en el caso de estos niños, las consecuencias psicoló-

gicas y psicosociales a largo plazo serán muy graves.»<sup>20</sup>

Los síntomas constatados se deben por una parte a las traumáticas experiencias vividas durante la huida y, por otra, a las vivencias en los campos de detención. En término promedio, los niños entrevistados en Hong Kong vivieron más de tres experiencias traumáticas durante la huida de Vietnam -experiencias que van desde temporales y falta de agua y alimentos a la agresión física o sexual - a las que se suman más de tres experiencias traumáticas en el período de detención.<sup>21</sup> Uno de cada tres niños informa haber sido víctima de atrocidades tales como violación y malos tratos, o haber sido testigo de suicidios y asesinatos durante su estadía en los campamentos de asilo.<sup>22</sup> La incertidumbre respecto al resultado del procedimiento de determinación de la condición de refugiado y las demoras en obtener la consiguiente decisión, se consideran igualmente una «fuente significativa de estrés».<sup>23</sup>

El nivel de estrés constatado en

17 *Living in Detention* pág.3 (3.466 niños de 10 a 17 años); *Psychosocial Well-Being* pág. 1. En el párrafo 130 de las Directrices relativas a los niños refugiados (ACNUR, 1988) se define el concepto «niños no acompañados» en estos términos: «... aquellos que están separados de su padre y de su madre y de los que no se ocupa ningún adulto que, en virtud de la ley o de la costumbre, deba desempeñar esa función.» En dichas directrices se destaca la importancia de confiar temporalmente a los niños no acompañados solicitantes de asilo y refugiados a algún miembro de la propia comunidad, especialmente a los más chicos. El término «no acompañado» es ambiguo; para algunos autores abarca también a los niños «confiados» a otros adultos pero en este artículo, que se centra en la relación del niño con su familia, el término se aplica a todos aquellos separados de su familia, independientemente del hecho de que hayan sido confiados o no a otro adulto.

18 *Living in Detention* pág. 3 (862 menores de 10 a 17 años) *Psychosocial Well-Being* pág. 1.

19 *Living in Detention* pág. 13.

20 *Ibid.* pág. 22.

21 Los 603 niños entrevistados fueron testigo de 2.083 experiencias traumáticas durante el viaje y de 1.958 incidentes traumáticos en los campamentos. *Ibid.* pág 18 y 19.

22 28 niños fueron víctimas de vejaciones sexuales y 68 de malos tratos; otros 60 fueron testigos de suicidios y 54 de asesinatos. *Ibid.*

23 *Ibid.* pág. 2.



Palawan es más bajo; aparentemente, ello se debe a la menor frecuencia de experiencias traumáticas en los campamentos y a diferencias cualitativas en el tipo de incidentes vividos.<sup>24</sup> Por ejemplo, el número de casos de niños solicitantes de asilo en Palawan, víctimas de abusos y agresiones sexuales corresponde a la mitad de los denunciados en Hong Kong, y solo un 6% de los niños informa haber experimentado o sido testigo de disturbios o violencia física generalizada; en Hong Kong los porcentajes ascienden a un 44 y un 32% respectivamente.<sup>25</sup> A pesar de estas diferencias, el estudio destaca que el estrés de los niños de Palawan alcanza niveles inaceptables y que la experiencia permanente de esta situación representa un peligro para el desarrollo psicosocial de todos ellos pero sobre todo para los no acompañados.<sup>26</sup>

En ambos estudios, los investigadores constatan que los niños sin padres acusan niveles similares de estrés, independientemente de que se les haya confiado o no a un adulto que los cuide.<sup>27</sup> De ahí que este proceder, aconsejado con énfasis en las directrices del ACNUR como medida idónea para proteger a los niños solicitantes de asilo no acompañados, no pueda considerarse un medio apropiado para satisfacer las necesidades psicosociales de los niños separa-

dos de sus padres, ni una alternativa aceptable para propiciar la reunificación familiar. De hecho, en el estudio relativo a Palawan existen algunas pruebas de que los niños no acompañados, confiados a un adulto, está más expuestos a determinadas clases de explotación y abusos que aquellos no acompañados.<sup>28</sup>

## 2 El principio de unidad familiar

En general, los niños gozan de los mismos derechos humanos fundamentales que los adultos. Tienen derecho a la vida, a no ser torturados, a no ser arrestados arbitrariamente o mantenidos en condiciones inferiores a las normales, derecho a recibir una atención de salud adecuada y a gozar de los demás derechos y libertades reconocidos por el derecho internacional en materia de derechos humanos.<sup>29</sup> La importancia del derecho a reunificación familiar ya fue reconocida en los primeros instrumentos. En la Declaración Universal de Derechos Humanos, primer instrumento aprobado por las Naciones Unidas, se asevera: «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.»<sup>30</sup> En la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959, se abunda al respecto, manteniendo que:

24 *Psychosocial Well-Being* pág. 11.

25 *Ibid.* pág. 12. Las experiencias traumáticas más frecuentes en Palawan fueron separación forzada de familias o amigos y traslado forzado. *Ibid.* pág. 5.

26 *Ibid.* pág. 12.

27 *Living in Detention* pág. 3; *Psychosocial Well-Being* pág. 13.

28 Se asevera que los niños confiados a otro adulto son víctimas de la prostitución y amenazas o intimidaciones con mayor frecuencia que los niños que viven con uno de los padres o solos. *Psychosocial Well-Being* pág. 7.

29 A priori, los niños no gozan de derechos básicos tales como el derecho a casarse y fundar una familia, el derecho a juicio público, el derecho a participar en elecciones y el derecho al trabajo.

30 Artículo 16 (3)

«El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres...»<sup>31</sup>

Ambos preceptos se reafirman en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño en el que se declara que:

«La familia, como elemento básico de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades...

... el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.»

Los estudios citados anteriormente confirman las graves consecuencias que tiene para los niños solicitantes de asilo, la separación de sus padres, y el ACNUR cita el principio de unidad familiar para justificar su nueva operación de reunificación familiar, destinada a facilitar la repatriación de los niños que no reúnen las condiciones para beneficiar de la condición de refugiados. Por consiguiente, la cuestión de la unidad familiar es un buen punto de partida para analizar los derechos de dichos niños, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Muchas de las disposiciones capitales

de dicha convención giran en torno a la importancia de la familia para el bienestar del niño, las responsabilidades de los padres para con ellos y las responsabilidades del Estado respecto a la relación padres e hijos. Si bien comprende un artículo sobre los derechos de los niños refugiados y de los niños solicitantes de asilo, no incluye disposición alguna que se refiera concretamente al caso del menor no acompañado, solicitante de asilo a quien se negó la condición de refugiado. Por ende, para orientarse en cuanto a los derechos de este último es preciso recurrir a los principios establecidos sobre cuestiones similares. Al respecto, la convención comprende varios artículos, a saber: Art. 22, relativo a los niños refugiados, que se analiza detalladamente a continuación; Art. 10, relativo a la reunificación familiar; Art. 23 y Art. 39 relativos a los derechos de los niños impedidos y a su recuperación; Art. 5, relativo a los deberes de los padres u otras personas encargadas legalmente del niño; Art. 7 sobre el derecho a un nombre y una nacionalidad; Art. 9 relativo a la separación de los padres si así lo exige el interés superior del propio niño; y el Art. 12 sobre el derecho del niño a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta.

### **3 Artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a los niños refugiados y a las que solicitan refugio**

El derecho del niño a vivir con sus padres y a que éstos se ocupen de él, no es un derecho absoluto. La Convención reconoce determinadas situaciones en las que el hecho de separarlo de sus

31 Principio 6.

padres es compatible con los derechos y el interés superior del propio niño. Una de las excepciones está implícita en el Artículo 22, relativo a los niños refugiados y los que solicitan refugio que estipula:

«... que el niño que solicite el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en esta Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario...»

El propósito primordial de este artículo es garantizar que cuando un niño solicite el estatuto de refugiado, el caso se examine igual que cualquier otro caso, excluyendo el hecho de que sea menor o de que sus tutores legales tengan la posibilidad de presentar la solicitud en su nombre. La referencia a los derechos contemplados en otros instrumentos internacionales se aplica principalmente a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.<sup>32</sup> según la

cual, un refugiado no puede ser enviado de vuelta al país de origen.<sup>33</sup> Por ende, la Convención sobre los Derechos del Niño admite implícitamente el derecho de los niños refugiados a que no se les envíe de vuelta a su país, incluso cuando ello supone que permanezcan separados de sus padres.

En el Artículo 10, se intenta, inter alia, conjugar este derecho con el principio de unidad familiar, estipulando que «toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera favorable, humanitaria y expeditiva.» Por lo tanto, conforme a este artículo, las solicitudes han de atenderse «de manera favorable, humanitaria y expeditiva» ya provengan de los padres para trasladarse al país en el que su hijo obtuvo refugio, o inversamente, que la solicitud provenga del hijo para unirse con sus padres en el país en el que éstos han logrado refugio.<sup>34</sup>

En lo que se refiere a los solicitantes de asilo, la práctica aceptada internacionalmente, les reconoce el derecho provisional de permanecer en el país de primer asilo mientras se determina si tienen derecho al estatuto de refugiado y a los derechos inherentes al mismo, en particular el de que no se les envíe de vuelta a su país.<sup>35</sup> Ello implica que los niños soli-

32 Filipinas y el Reino Unido (por Hong Kong) son los únicos «países de primer asilo» que son Estados partes de la Convención y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados». El Reino Unido ratificó la primera el 11 de marzo de 1954 y el segundo el 4 de septiembre de 1968; Filipinas adhirió a ambos el 22 de julio de 1981.

33 Artículo 33

34 Cabe señalar que se trata de una obligación imprecisa, ya que no se impone claramente un deber a los países en cuestión a efectos de conceder el permiso de entrada o de salida.

35 Véanse las recomendaciones relativas a los requisitos básicos para conceder el estatuto de refugiado, aprobadas por el Comité Ejecutivo del ACNUR en octubre de 1977, que figuran en el párrafo 192 del Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado, Ginebra 1988, par. 192.

citantes de asilo tienen derecho a permanecer en el país que les acogió hasta el momento en que se determina si tiene o no derecho al estatuto de refugiado, incluso si esta situación transitoria supone que permanezcan separados de sus padres. Ahora bien, una vez que se ha decidido que un niño no tiene derecho a que se le considere refugiado, pierde todos estos derechos, entre ellos el de que no se le envíe de vuelta a su país. En tales circunstancias, el ex solicitante de asilo solo tiene los mismos derechos que cualquier otro inmigrante y está sujeto a la legislación relativa a la inmigración. Ello significa que en la mayoría de los casos pasen a ser inmigrantes clandestinos, sujetos a repatriación.

#### **4 Derecho a una atención especial y al reasentamiento conforme a los principios humanitarios**

Los Estados Partes tienen el deber de proteger los derechos enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, independientemente de su ciudadanía, origen nacional o condición jurídica.<sup>36</sup> Algunos de los niños que llegan a un país con la esperanza de obtener asilo pueden tener necesidades particulares que no pueden satisfacer en el país de origen. Es probable que niños con determinados impedimentos físicos o mentales, no reciban en su propio país los cuidados especiales que les garantiza el Artículo 23. También es factible que los niños víctimas de vejaciones, negligencia o explotación, a quienes el Artículo 39 garantiza el derecho a la recuperación y la reintegración social, no

reciban el tratamiento apropiado si son repatriados.

En casos muy concretos, cuando un niño necesita recibir urgentemente determinados cuidados o tratamientos que no podría recibir en su país de origen, se puede alegar que el país donde vive no debería enviarlo de vuelta a su país, si el retorno entraña un grave riesgo para la salud o bienestar del niño, independientemente de que tenga derecho o no al estatuto de refugiado. Se trata de una excepción que ha de aplicarse con suma restricción por dos motivos: primero, porque supone que el niño sea separado de sus padres; segundo, porque implica solicitar al país de acogida, o a un tercer país, que conceda el permiso de estadía fundándose en consideraciones de índole humanitaria antes bien que en disposiciones de derecho internacional en materia de refugiados.

Los procedimientos especiales previstos en el Plan General de Acción para evaluar los casos de los niños solicitantes de asilo no acompañados, estipulan que tales consideraciones deberían tenerse en cuenta. Inspirados en la Convención sobre los Derechos del Niño, dichos procedimientos establecen que las decisiones relativas a los menores no han de fundarse exclusivamente en el hecho de que reúnan los requisitos para obtener el estatuto de refugiado conforme a lo previsto en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, sino que también han de tenerse en cuenta los principios de unidad familiar y el interés superior del niño.

En las directrices del PGA relativas a los niños no acompañados solicitantes de asilo, se establece una diferencia entre

---

36 Artículo 2.1.

los menores y los mayores de 15 años <sup>37</sup>, suponiendo que estos últimos son suficientemente maduros como para tener «fundados temores de persecución» y el procedimiento comienza por una evaluación de los requisitos básicos para que se le reconozca la condición de refugiado conforme a los criterios convencionales. Si se establece que tiene fundados temores de persecución, presumiblemente se lo incluirá en las listas de reasentamiento; de no ser así, un Comité Especial examinará de nuevo el caso a efectos de «encontrar una solución durable habida cuenta del interés superior del menor». <sup>38</sup> Cuando el niño es menor de 15 años, se estima que no es suficientemente maduro para tener fundados temores de persecución y el caso se confía directamente al comité especial encargado de encontrar una «solución» en el interés superior del niño. <sup>39</sup> Conforme a los procedimientos especiales previstos en el PGA, algunos niños que no reunían los requisitos estipulados en la Convención de 1951 para reconocerles la condición de refugiados, fueron recomendados para el reasentamiento habida cuenta, por ejemplo, de su condición física que requería trata-

mientos que no podían recibir en Vietnam, o fundándose en la reunificación familiar con otros parientes cuando sus padres en Vietnam tienen antecedentes de explotación de menores. <sup>40</sup>

## 5 Unidad familiar, separación consensual o transmisión de tutela, y el interés superior del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño contempla una excepción al principio de unidad familiar cuando la separación es necesaria en el interés superior del niño. El Artículo 9 establece que el niño puede ser separado de sus padres por esta razón a condición de que la decisión sea tomada por las autoridades competentes de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables y sujeta a revisión judicial.

Este artículo no es directamente aplicable a los niños vietnamitas solicitantes de asilo que no fueron separados de sus padres por decisión de las autoridades competentes, ya que en la mayoría de los casos, decidieron huir de su hogar por iniciativa propia o alentados por sus padres. <sup>41</sup> De todos modos, el

- 37 Los procedimientos especiales no se aplican a los niños acompañados por uno de los padres porque habitualmente, la decisión relativa a este último comprende a los familiares a su cargo (párrafo 15 de las «Directrices relativas a los niños refugiados» ACNUR, 1988).
- 38 Nota sobre los menores no acompañados (Directrices del PGA) párrafo 10. Este proceso en dos etapas está previsto para todos los niños de esta edad pero uno supone que, si en la primera etapa se constata que existen fundados temores de persecución, la consideración de una «solución duradera» en el interés superior del niño, excluirá forzosamente la repatriación.
- 39 *Ibid.* párrafos 5 y 11.
- 40 Entrevistas con colaboradores del CFSI que participaron en las deliberaciones del Comité Especial en Filipinas.
- 41 Según McCallin, un 54% de los niños no acompañados de Palawan y un 45% de los entrevistados en Hong Kong, indicaron que habían partido de Vietnam por instrucción de sus padres. *Living in Detention* pág. 14; *Psychosocial Well-Being* pág 3. Menos de un 10% de los niños solicitantes de asilo indican que partieron involuntariamente o «accidentalmente» (por ej.: trabajaban en una de las embarcaciones de pescadores utilizadas para huir de Vietnam). *Psychosocial Well-Being* pág 3. (Cabe señalar que este porcentaje corresponde a la totalidad de los niños solicitantes de asilo, incluidos aquellos acompañados por uno de los padres).

Artículo 9 es pertinente en virtud de la cláusula relativa a los niños separados de sus padres contra la voluntad de éstos, cláusula que al referirse a la voluntad de los padres implica claramente que el niño no tiene derecho a decidir por sí mismo que desea abandonar el hogar. Ello se confirma por la ausencia total de referencia a la libertad de movimiento en la Convención, uno de los pocos derechos o libertades civiles reconocidos en los demás instrumentos sobre derechos humanos y que ésta no recoge. El derecho internacional en la materia no admite excepción alguna al principio de unidad familiar para el niño que simplemente no desea regresar a su hogar, salvo si se dan las condiciones previstas en el Artículo 9, es decir, que las autoridades competentes decidan que existen motivos apremiantes que sustentan el deseo del niño y que la separación es necesaria en el interés superior del mismo.

La cuestión del consentimiento de los padres para que partan sus hijos es una cuestión compleja y sensible. Muchos, por no decir todos los niños solicitantes de asilo que parten de Vietnam, lo hacen contando con la aprobación y asentimiento de sus padres y, a menudo, en compañía de un hermano mayor, de un tío o de una tía. Al comparar la situación de estos niños con la de los niños solicitantes de asilo en otras partes del mundo, los expertos que participaron en el estudio llevado a cabo por el OICI concluyen:

«Lo que caracteriza su experiencia y es acongojante, es que la están viviendo incesantemente. Además, los niños no acompañados o confiados a

otros adultos no solamente viven solos esta situación, sino que a menudo lo hacen a pedido de sus familias.»<sup>42</sup>

La Convención ¿permite que los padres consientan a que sus hijos abandonen el hogar? y en ese caso ¿en qué circunstancias? ¿Qué alcance tiene el libre albedrío de los padres para confiar a terceros el cuidado de sus hijos? Los niños vietnamitas solicitantes de asilo ¿fueron verdaderamente abandonados o son víctimas de la negligencia de los padres? En ese caso ¿cuáles son las consecuencias para la reunificación familiar?

El Artículo 5 de la Convención estipula: «los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los familiares o la comunidad, según establezca la costumbre local...». Ello implica que la decisión de los padres de confiar a otros parientes o incluso a otros miembros de la comunidad sin parentesco alguno, la responsabilidad de criar a sus hijos, o compartir dicha responsabilidad con ellos, no es forzosamente incompatible con la Convención.

Ahora bien, el principio general admitido en el Artículo 5 ha de interpretarse en el ámbito de otras disposiciones más concretas, tales como las del Artículo 7 que prevé que «en la medida de lo posible» el niño tendrá derecho a «conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos». Ello supone que las responsabilidades de los padres no pueden confiarse a otros sin que existan motivos válidos para hacerlo. El Artículo 7 se aplica a los niños en general y a las separaciones de toda clase, sean voluntarias o no. Por

42 *Ibid.* pág. 22

esta razón, es menos restrictivo que el Artículo 9, relativo a la separación del niño de sus padres contra la voluntad de éstos, cuando sea necesaria en el interés superior del niño.

El carácter menos restrictivo del Artículo 7 no implica que los padres puedan decidir a su antojo el transmitir los derechos y deberes parentales a terceros. Algunos requisitos están implícitos en los Artículos 8 y 12, a saber: las disposiciones tomadas no deberán incidir negativamente en el derecho a la identidad, en el sentido de conocer la verdadera índole de las relaciones familiares, y el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta. Además de estos requisitos, los criterios más pertinentes para evaluar este tipo de disposiciones deberán ser el tipo de trato que recibe el niño por parte de los terceros a quienes fueron confiados. Si el niño recibe comprensión y una guía moral idónea, goza de un nivel de vida apropiado, tiene acceso a la educación, al esparcimiento y a la atención sanitaria, y goza de todos los derechos fundamentales enumerados en la Convención, las disposiciones tomadas pueden ser compatibles con la misma, sobre todo cuando los padres no pueden garantizar el goce efectivo de dichos derechos.

Por el contrario, cuando las personas a quienes se confió el niño, lo explotan y desatienden a sus necesidades de orden material y emocional, lo maltratan, lo discriminan o le obligan a vivir en condiciones infrahumanas, entonces la transmisión de guarda o de tutela no puede

considerarse compatible con los derechos del niño.<sup>43</sup>

Uno debe suponer que en la mayoría de los casos, los padres de los niños vietnamitas solicitantes de asilo tomaron la decisión de confiarlos a terceros que huían del país, abrigando la esperanza de que sus hijos encontrarán un hogar estable en cualquier otra parte, tal vez junto a otros familiares, donde gozarían de mejores condiciones de vida de la que ellos podían ofrecerles. También es probable que algunos padres tuviesen motivos más egoístas, o que unos y otros se combinaran, sobre todo en lo que respecta a la posibilidad de unirse a sus hijos en el extranjero si a éstos se les reconocía la condición de refugiados y eran acogidos por otro país. Determinar los verdaderos motivos que llevaron a cada padre a tomar una decisión semejante resulta imposible. Puesto que abundan pruebas de que la mayoría lo hicieron guiados por el deseo de ofrecer a sus hijos una vida mejor, sea en términos de libertad, educación u oportunidades económicas, lo más razonable es concederles el beneficio de la duda y suponer que las respectivas decisiones se fundan en el interés superior del niño, tal como lo interpretaban en su momento. Por ende, aunque permitir que partieran en las condiciones que lo hacían los refugiados del mar suponía una dura prueba y un riesgo mayor, sería impropio tachar de negligencia o abandono, el proceder de los padres que ordenaron o permitieron la huida de sus hijos.

Para los niños solicitantes de asilo que habiendo sido «seleccionados» viven confinados en los campamentos, la reali-

43 Cabe señalar que esta cuestión se plantea únicamente en el artículo 5 con respecto a arreglos tradicionales en una sociedad determinada, no moderna y donde existen procedimientos específicos en materia de adopción «privada».

dad dista de asemejarse a los sueños que estimularon la partida. La mayoría de los padres, si apreciaran las condiciones en que viven sus hijos realmente, y comprendieran que no hay esperanzas para ellos de reasentamiento en otro país, tal vez llegasen a la conclusión de que volver sería lo mejor en función del interés superior de los niños. De hecho, las constataciones demuestran que las reacciones de los padres divergen, pero la presión es mayor para oponerse a la repatriación que para plegarse a ella.<sup>44</sup> Si los padres, a sabiendas y deliberadamente, optan por dejar que sus hijos sigan viviendo en esa situación, siendo plenamente conscientes de las consecuencias, esta actitud puede equipararse al abandono, o al menos, a la negligencia. Localizar a los padres, informarlos de las condiciones en que viven sus hijos y, sobre todo, convencerlos de que verdaderamente no existe posibilidad alguna de reasentamiento, no es tarea fácil. Puede suceder que, a medida que se avanza, especialmente en lo que se refiere a desengañar a los padres de la ilusión de que valdrá la pena empeñarse en rechazar el regreso, el número de padres que soliciten la repatriación de sus hijos aumente vertiginosamente. La dificultad reside en que como los hechos son más convincentes que las palabras, muchos padres se empeñarán en seguir creyendo que el reasentamiento es todavía posible hasta el momento en que vean aparecer a su hijo en el umbral de la puerta.

Aun cuando alentar a los hijos a dejar el país en circunstancias peligro-

sas o a permanecer en el extranjero en los insalubres campamentos de detención se considerase equivalente a abandono o negligencia, ello no conduciría forzosamente a la conclusión de que el niño no debe volver. Conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, el enfoque preferido es no considerar que negligencia y abandono ponen fin irrevocablemente a los derechos y responsabilidades de los padres, sino que permiten la intervención de las autoridades competentes con miras a ayudar a la familia a vencer los problemas y a restaurar, en la medida de lo posible, una relación saludable entre padres e hijos.<sup>45</sup> El reasentamiento prevalecerá sobre la repatriación, únicamente en circunstancias especiales, como por ejemplo, cuando existen pruebas de que el niño se expone a malos tratos, explotación o negligencia si vuelve a su hogar, o cuando existe una solución viable (hermanos adultos u otros familiares que viven en el extranjero y que desean asumir la tutela).

Este enfoque es uno de los más compatibles con la Convención porque la repatriación crea condiciones más favorables para la paulatina reparación de los problemas que puedan existir en la relación entre padres e hijos. Solo una grave amenaza al bienestar del niño debería llevar a adoptar medidas tales como el reasentamiento que supone un obstáculo prácticamente insuperable en lo que se refiere a restablecer dicha relación. Además, hay otro motivo para favorecer la repatriación puesto que si el negarse a alentar a los hijos a volver al

44 Según McCallin, un 11% de los niños de Palawan y un 5% de los entrevistados en Hong Kong indicaron que había «presiones familiares para que se repatriaran»; el porcentaje asciende a un 43% y 14% respectivamente, respecto a las presiones familiares para que no lo hicieran. *Psychological Well-Being* pág. 10. (En los datos no se hace distinción alguna entre la presión ejercida por los padres o por otros parientes).

45 Véanse artículos 9.3, 18.2, 19.2 y 25.



hogar, se equiparara al «abandono» y se considerara razón suficiente para no fomentar la reunificación familiar, ello supondría un incentivo para que los padres se negasen a asumir las responsabilidades que tienen para con sus hijos, arraigando la convicción de que rechazarlos puede incrementar las posibilidades de reasentamiento.

Por consiguiente, salvo en determinadas circunstancias, cuando existen motivos de fuerza mayor en conformidad con los derechos y principios estipulados en la Convención, los niños cuya solicitud del estatuto de refugiado fue rechazada deberían volver a su hogar. El principio de unidad familiar dictamina que el niño tiene el derecho inalienable de ser criado por sus padres, y éstos el deber correspondiente de velar por ellos. Cuando no se aplica ninguna de las excepciones contempladas en la Convención - cuando se ha determinado que el niño no es un refugiado, cuando ninguna autoridad competente ha decidido que el interés superior del niño exige que sea separado de los padres o cuando el niño, sin el consentimiento de los padres, se encuentra en una situación perjudicial para su bienestar e incompatible con sus derechos fundamentales - el principio de unidad fami-

liar obliga a los gobiernos en cuestión a reintegrar el niño a su familia sin demo-  
ra.<sup>46</sup>

## **6 Repatriación y derecho del niño a ser escuchado**

El derecho del niño a que se tenga en cuenta su opinión «en todos los asuntos que afectan al niño» es uno de los principios capitales contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño. El Artículo 12 indica que este derecho se ejerce una vez que el niño es suficientemente maduro como para formarse su propia opinión, «teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.» ¿Cuáles son las consecuencias de este principio para los niños que no tienen derecho al estatuto de refugiado, ante la perspectiva de la repatriación y la reunificación familiar?

En primer lugar, hay que establecer la diferencia entre el procedimiento ante el Comité Especial, encargado de determinar si se tiene derecho al estatuto de refugiado y de examinar otros factores que puedan garantizar el reasentamiento, y la situación del niño cuando concluido el proceso, se ha decidido que debería vol-

46 Otras disposiciones de la Convención refuerzan esta conclusión, aun cuando no se aplican directa o expresamente a los niños cuya solicitud del estatuto de refugiado fuera rechazada. El Artículo 8.1 indica que las «relaciones familiares de conformidad con la ley» forman parte de la identidad del niño que el Estado tiene el deber de proteger. El Artículo 8.2 añade que: «Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.» Puede considerarse que las condiciones en que viven muchos de los niños que nos ocupan, tienen consecuencias nocivas en sus «relaciones familiares» que exigen cumplir con el deber estipulado en dicho artículo. El Artículo 11 que dice que los «Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero» también puede considerarse aplicable para enviarlos de vuelta a su país. Por último, si los padres solicitan el retorno de sus hijos que no tienen derecho al estatuto de refugiado, los países de acogida tienen la obligación, conforme a lo dispuesto en el Artículo 10, de responder a dicha petición «de manera favorable, humanitaria y expeditiva.»

ver a casa. El procedimiento ante dicho comité es una audiencia administrativa. Por consiguiente, conforme al segundo párrafo del Artículo 12 se dará al niño la «oportunidad de ser escuchado... ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado...».

Una vez tomada dicha decisión que concluye el procedimiento administrativo, el niño ya no tiene derecho a ser escuchado como tal.<sup>47</sup> No obstante, a tenor del primer párrafo del Artículo 12, tiene derecho a expresar su opinión libremente y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, «en función de la edad y madurez del niño.» El derecho a ser «escuchado» en procesos judiciales o administrativos es un derecho formal, semejante al derecho del adulto al debido proceso, pero el derecho a «expresar su opinión» respecto a todos los «asuntos» que lo afectan, y a que los adultos tengan debidamente en cuenta dichas opiniones, guardan mayor relación con el lugar que ocupa el niño en la sociedad y la manera en que se le debería tratar en una amplia gama de situaciones.

Este derecho del niño a expresar su opinión, y la obligación de que se la tenga debidamente en cuenta, no significa que tenga poder de decisión -el derecho de aceptar o rechazar- respecto a las medidas que el comité especial ha decidido que se deberían tomar. De hecho, el alcance de cualquier decisión que se deba tomar es sumamente limitado. Si el niño no tiene derecho al estatuto de refugiado, tampoco tiene derecho legal a permanecer en el país. Además, tal como se

indicara anteriormente, desde el punto de vista jurídico, el niño no tiene derecho a decidir que vivirá separado de sus padres. Especialmente si los padres piden que les sea devuelto, en cuyo caso, el gobierno tiene la obligación de responder a dicha petición «de manera favorable, humanitaria y expeditiva», conforme a lo estipulado en el Artículo 10 de la Convención.

Habida cuenta de lo anterior, se deduce que las opiniones de los niños solo podrán tenerse en cuenta respecto a un número limitado de asuntos tales como la fecha de la partida y las personas con quienes viajará.<sup>48</sup> Ahora bien, la importancia de escuchar las opiniones del niño no se limita al valor de las mismas en cuanto testimonio a tener en cuenta para tomar la decisión que se habrá de tomar. Dar al niño la oportunidad de expresar libremente sus opiniones - incluso si en algunos casos se trata de solicitudes que resulta imposible satisfacer - es esencial al desarrollo social y psicológico del mismo. Ayudarle a comprender que determinadas esperanzas y aspiraciones no podrán realizarse, el porqué, y la manera de ajustarse a esta posibilidad, es un elemento esencial del proceso de maduración. En circunstancias normales, es responsabilidad de los padres procurar al niño la ayuda y orientación inherentes a este proceso. En ausencia de los padres, incumbe a las autoridades que tienen a cargo estos niños, asumir esta responsabilidad de la mejor manera posible. Puede considerarse que ello forma parte de la responsabilidad del Estado de procurar «protección y

47 El derecho a ser escuchado volverá a ejercerlo si el comité especial decide revisar su decisión.

48 Cuando los padres estén separados o divorciados, las opiniones del niño también tendrán que ser tenidas en cuenta para determinar donde va a vivir pero esta decisión compete a las autoridades vietnamitas, y en cualquier caso, solo debe tomarse después que el niño haya tenido la oportunidad de reanudar relaciones con ambos progenitores.

asistencia especiales» a los niños separados de sus padres, tal como se estipula en el Artículo 20 de la Convención.

Los niños que han vivido largos períodos en otro país, separados de sus padres, tal vez necesiten asistencia para prepararse al retorno. El Artículo 19 de la Convención garantiza el derecho del niño a que se le proteja «contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental...». En el peor de los casos, obligar al niño a la repatriación de la noche a la mañana sin preparación alguna para afrontar ese cambio trascendental de su existencia, podría constituir violencia psicológica. A su vez, cuando se le prepara a la repatriación es preciso poner sumo cuidado en no fomentar ilusiones respecto a posibilidades inexistentes, o al derecho del niño a decidir, pues ello sería contraproducente desde el punto de vista del propio bienestar del niño.

#### **7 Artículo 39, derecho a asistencia en la repatriación y la reunificación familiar, y el interés superior del niño**

El Artículo 39 de la Convención reconoce el derecho del niño víctima de «cualesquier formas de abandono, explotación o abuso» a «todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social.» Aunque la Convención no incluye explícitamente el exilio entre las situaciones que dan derecho a la rehabi-

litación y a la reintegración social, la experiencia demuestra sin ambages que la globalidad de experiencias que suelen sufrir los niños refugiados, en particular los no acompañados, tiene consecuencias de orden psicosocial de gravedad equivalente a la de otras formas de abandono, explotación o abuso.

Un programa apropiado para fomentar la reintegración social del niño que vuelve del exilio abarcará no solo el asesoramiento previo a la partida sino también contactos previos con la familia, a efectos de evaluar la capacidad de acoger al niño y de sensibilizar y preparar a los padres para que puedan hacer frente a las necesidades del hijo que vuelve al hogar.<sup>49</sup> Lo ideal, es que el programa también prevea el asesoramiento al niño y a su familia una vez que ha regresado, cuando surgen dificultades de adaptación.

Tal como se indicara anteriormente, los criterios para determinar cuando el niño debe volver a su país, abarcan no solo el procedimiento para determinar si tiene derecho o no al estatuto de refugiado, sino también la evaluación de lo apropiado relativa de la repatriación o el reasentamiento, conforme a los principios del interés superior del niño y la unidad familiar. El procedimiento previsto en el PGA estipula que cuando sea preciso disponer de información sobre la situación de la familia en el país de origen, a efectos de evaluar la solicitud de refugio del niño, la decisión final se pospondrá y, paralelamente, se harán esfuerzos por

49 En el párrafo 14 de las directrices del PGA relativas a los menores no acompañados se reconoce esta necesidad, a condición de que el Comité Especial haya tomado una decisión *prima facie* de que el retorno es en el interés superior del niño. Incumbe al ACNUR tomar contacto con su familia para «evaluar la disposición ... a aceptar el retorno del menor y su capacidad para ocuparse de él como corresponde.» Nota sobre menores no acompañados, párrafo 14.

verificar las solicitudes en el país de origen.<sup>50</sup> Asimismo, prevé que la decisión en cuanto a la repatriación en el interés superior del niño no debería considerarse definitiva mientras no se haya tomado contacto con la familia y se haya evaluado la disponibilidad y capacidad de la misma de procurar al niño la debida atención.<sup>51</sup> Al parecer, este aspecto del procedimiento no se contempló sistemáticamente, ya sea porque se temía que el tomar contacto con la familia provocara represalias, porque las aseveraciones del niño respecto a la situación familiar no se consideraban dignas de crédito, o porque no se disponía de medios suficientes para investigar en todos los casos.

Cuando se toma contacto con la familia de los niños exilados para preparar la reunificación, existe la posibilidad de encontrar situaciones que indican que la reunificación puede ser problemática. Se puede dar el caso de que los padres estén separados o divorciados, que hayan muerto o que su salud sea precaria, que el niño ya no viviera con ellos cuando se fue del país, o que haya lugar de pensar que existe un riesgo cabal de que el niño sea maltratado, etc.

Situaciones semejantes, que es de esperar constituyan la excepción, han de abordarse con extrema atención, habida cuenta del interés superior del niño. Estas circunstancias no guardan relación alguna con el estatuto de refugiado. Según el derecho internacional, el niño que no es refugiado no tiene otra opción que volver a su país de nacionalidad, incluso si la repatriación no conlleva la reunificación familiar. Si bien esta últi-

ma constituye el motivo principal del retorno de los niños no acompañados solicitantes de asilo, no es el único. El país de nacionalidad, al igual que los padres, tiene el deber de acogerlo y, conforme al derecho internacional en la materia, ningún otro país tiene el deber de hacerlo.

En tales casos, pueden preverse dos soluciones. En general, si los contactos preliminares con los padres indican que hay problemas, han de desplegarse esfuerzos por garantizar que una vez que vuelva al país, el niño en cuestión sea tratado conforme a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. Si los padres están separados o divorciados ¿las decisiones relativas a la tutela se fundarán en el interés superior del niño? En el caso que el retorno inmediato al hogar paterno no fuera en el interés superior del niño ¿cuáles son las alternativas? ¿Podrá quedarse con algún otro miembro de la familia? ¿Alguna otra persona podrá ocuparse de él? ¿Será confinado en una institución? ¿Existe la posibilidad de albergarlo en un centro comunitario? En principio, la meta ha de ser la reunificación familiar, incluso cuando no pueda concretarse de inmediato, o cuando la familia tenga necesidad de recibir asistencia para adaptarse al regreso del niño.

Por otra parte, si en la visita previa al retorno se recaba información que de haberse conocido antes, hubiera dado lugar a una decisión favorable al reasentamiento en el interés superior del niño, tal vez sea preciso revisar dicha decisión. Ello se aplica particularmente a aquellos casos en que el niño tiene

---

50 *Ibid.* párrafo 12.

51 *Ibid.*

parientes tanto en el país de origen como en otro, donde la encuesta previa al retorno revela hechos que permiten deducir que, el reasentamiento será más apropiado que la repatriación. En tal caso, el interés superior del niño tal vez exija que se proceda a explorar la posibilidad de obtener el reasentamiento por motivos de orden humanitario y de reunificación familiar.

Si bien el interés superior de la amplia mayoría de los niños solicitantes de

asilo que no reúnen los requisitos para que se les reconozca el estatuto de refugiado, exige una repatriación y reunificación rápidas, el interés superior de algunos tal vez exija excepciones a la regla. De hecho, la Convención sobre los Derechos del Niño requiere una solución que salvaguarde los intereses de unos pocos sin sacrificar los intereses de los muchos, desafío que reside en el corazón mismo de todos los empeños en materia de derechos humanos.

# Replantear el derecho de legítima defensa de Bosnia-Herzegovina

Winston P. Nagan\*

La guerra de agresión contra Bosnia-Herzegovina se eterniza implacablemente. Ha provocado millones de refugiados y cientos de miles de muertos, principalmente no combatientes, y se nos han mostrado los campos donde se viola, se tortura y se mata. Las decenas de miles de mujeres y niños violados, ya no son más que una desagradable nota al pie de página, un incidente irritante para el cuerpo diplomático de Europa y Norteamérica, negociador de la política exterior.

La llegada del invierno de 1994 fue un hecho ecológico crítico para la situación humanitaria en Bosnia-Herzegovina. El presidente Clinton prometió una mayor intervención fiscal. Ello significa que además de apoyar la presencia supervisora de la ONU, habrá más víveres lanzados desde el aire y mejores medios logísticos, un diálogo más firme con milicias saqueadoras y pactos con estafadores, matones y criminales de guerra para permitir que algunos bosnios indigentes y desplazados sobrevivan hasta el próximo derramamiento de sangre.

El hecho arrollador que se plantea a la urdimbre moral de esta era de posguerra fría es el siguiente: la guerra de agresión en Bosnia-Herzegovina es una guerra genocida. El segundo hecho importante es la ausencia de una decidida voluntad internacional para acabar con el genocidio y la consigna «nunca más» de la época del holocausto ha perdido todo significado. En este patético desierto moral, la preocupación de la Comunidad Europea de velar por la seguridad y los derechos humanos ha deslucido. Las Naciones Unidas siguen sumidas en la intrincada maraña de esta crisis. A estas alturas, harán falta generaciones para vencer la presencia endeble, el factor «MacKenzie», y la impotencia agónica de dicha organización frente a la agresión, el genocidio, la denigración del derecho humanitario, el repudio cabal de los derechos humanos y del derecho de las víctimas a recibir ayuda humanitaria.

Norteamérica ha encontrado un escondite detrás de las «euroiniciativas», las responsabilidades de la ONU, las resoluciones del Consejo de Seguridad, las crisis internas y las nuevas perspecti-

---

\* Profesor visitante de la Universidad de Leiden, Países Bajos, Profesor de derecho, profesor adjunto de antropología, Universidad de Florida, Gainesville, Florida, EE.UU. Ex presidente de Amnistía Internacional de los EE.UU.; ex presidente del Centro de Ciencias Políticas (EE.UU.); miembro de la junta directiva de la *International Third World Legal Studies Association* integrante de la comisión de observadores de la Constitución sudafricana. El profesor Nagan desempeñó un papel importante en el proceso de ratificación del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos por parte de los EE.UU. y ha recibido numerosos premios por su labor en la esfera de los derechos humanos.

vas en cuestiones económicas y de seguridad (NAFTA y las costas del Pacífico). Somos incapaces de evitar el hecho por todos conocidos de que cuando se llega al genocidio, a los crímenes de guerra, a los crímenes contra la paz, al repudio cabal del imperio de la ley, hay una clara y inequívoca falta de voluntad.

¿Qué significa esto para el pueblo bosnio? Concretamente, significa lo siguiente: si el Estado bosnio no recibe apoyo para defender su independencia política e integridad territorial, será destruido, y para varias generaciones venideras, las normas del Derecho y el Orden Internacional habrán sido subvertidas por la agresión y el asesinato. En segundo lugar, si el pueblo bosnio no recibe apoyo para defenderse legítimamente de la extinción, las fuerzas del racismo y el terror vencerán y, entonces, una nueva serie de normas sobre la indignidad humana prevalecerá sobre las normas que la civilización formulara y estipulara al acabar la segunda guerra mundial. Las normas de la Carta de las Naciones Unidas serán una promesa hipócrita y nada más.

¿Qué impide al Estado y al pueblo bosnios defender su propio Estado y su derecho a existir? La respuesta es tan sorprendente cuanto simple: la Resolución 713 del Consejo de Seguridad que impone el embargo de armas a Bosnia-Herzegovina, es decir, a la víctima de un ataque armado, violando el inciso 4 del Artículo 2 de la Carta de la ONU. Esta resolución fue propuesta por las autoridades de Belgrado que persuadieron al Consejo de Seguridad de imponer un embargo indiscriminado a ambas partes en el conflicto, agresores y víctimas. La parte operativa de la resolución dice:

«6. Decide, con arreglo al

Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que, para establecer la paz y la estabilidad en Yugoslavia, todos los Estados pondrán en vigor de inmediato un embargo general y completo a todas las entregas de armamentos y pertrechos militares a Yugoslavia, hasta que el Consejo decida lo contrario tras la celebración de consultas entre el Secretario General y el gobierno de Yugoslavia.»

Esta resolución tuvo la desdichada consecuencia de fomentar aquello que pretendía restringir: una ampliación e intensificación de la guerra misma. La resolución impuso un embargo de armamentos a los bosnios precariamente armados, convirtiéndolos en blanco fácil de la agresión por parte de Belgrado y sus acólitos que controlan y regulan una congregación de fuerzas armadas, que por su poderío es la cuarta de Europa. Al eliminar la posibilidad de que los bosnios consiguiesen apoyo para ejercer su derecho a la legítima defensa, la resolución suprimió toda la capacidad disuasiva que una legítima defensa podría haber entrañado, mejorando la seguridad de la región y las perspectivas de negociación de una paz duradera. En otras palabras, los Estados víctimas quedaron prácticamente desarmados y también se les privó del apoyo de cualquier otro Estado comprometido a repeler la agresión y dispuesto a asistir a las víctimas en el ámbito de las obligaciones estipuladas en la Carta de las Naciones Unidas. De hecho, rápidamente, la administración Clinton advirtió la incongruencia de la globalidad de la respuesta internacional frente a la agresión contra Bosnia, constatando que la opción de una inter-

vención individual o colectiva para repeler la agresión había sido descartada y que el derecho de legítima defensa de los Estados y los pueblos víctimas de la misma, aparentemente, había sido abrogado por la Resolución 713 del Consejo de Seguridad. O bien la respuesta de la comunidad internacional prevé una responsabilidad colectiva por la seguridad, destacando tropas o haciendo llegar aquello que sea necesario para repeler la agresión y acabar con el genocidio, o el derecho de legítima defensa de los Bosnios, conforme al Artículo 51, será menoscabado por intervenciones internacionales anémicas o ineptas.

Consciente del problema, la «nueva» administración de los EE.UU. lanzó la idea de levantar el embargo de armamentos a Bosnia, y literalmente, los EE.UU. chocaron con un muro de ladrillos en la esfera diplomática. A nivel político, resultó obvio que el Consejo de Seguridad no iba a revisar la Resolución 713, lo que reveló la debilidad histórica de dicho órgano, a saber: el veto por parte de uno de los cinco miembros permanentes podría congelar la existencia de la Resolución 713, aún más, la amenaza del recurso al veto podía impedir que llegase a la mesa del Consejo.

Tal como he indicado anteriormente, al barajar esta posibilidad, los políticos estadounidenses dieron con un impedimento de talla. Lograr que el Consejo de Seguridad rescindiera la Resolución, fue imposible. La amenaza del recurso al veto por parte de uno de los cuatro miembros permanentes significaría que incluso si las condiciones que se obtuvieron cuando se aprobó la resolución no eran las mismas, la Resolución mantenía su vigencia. En otras palabras, a efectos de promover la paz y la seguridad,

la resolución necesitaba ser cambiada o redefinidase. En esta forma se llegaba exactamente a lo opuesto de lo que había sido su intención original. De hecho, válida la agresión, bajo la máscara de promover la paz y la seguridad internacionales. Todavía peor, la resolución impide precisamente el tipo de intervención necesaria para poner fin al genocidio, es decir, que la consecuencia involuntaria de la resolución es fomentar o tolerar el más atroz de los crímenes internacionales: el genocidio.

Esta consecuencia plantea un problema serio al sistema normativo internacional. Si el efecto de una resolución del Consejo de Seguridad, conforme al Artículo 24 y al Capítulo VII, no justifica el propósito de dicha resolución (promover y mantener la paz y la seguridad internacionales) y si dicha resolución tiene por efecto apuntalar la agresión y el genocidio ¿debe considerarse que menoscaba o extingue: (1) el derecho de legítima defensa de un Estado, contemplado en el Artículo 51, (2) el derecho de un pueblo a la autodefensa, cuando se trata de acabar con su existencia física?

La posición oficial de los EE.UU. y de otros políticos, es que aparentemente no existe vía política o legal de eludir la Resolución 713. De hecho, la situación jurídica de la misma es compleja. La respuesta simple a esta cuestión compleja ha sido aceptar la parálisis política y jurídica. En primer lugar, el problema es que la resolución provoca dificultades de orden legal y político. Ello plantea la delicada cuestión constitucional de qué institución o cuál autoridad o mecanismo de control internacional disponen de la competencia institucional apropiada para mediar entre los órganos políticos y legales de decisión internacional autorizada y hasta dónde llegan dichos



poderes antes de subvertir los legítimos intereses de seguridad de los Estados individualmente considerados. Desde el punto de vista estrictamente legal; a la Corte Internacional le resultaría difícil mantener que el Consejo de Seguridad actuó de manera inconstitucional, pues dicho tribunal se encontraría en posición de revisar la decisión «política» de un órgano político del sistema de la ONU.

El primer punto que importa destacar es que se trata de un problema de carácter político jurídico. Carácter inherente a las competencias en cuestiones relativas a la seguridad nacional. Dado que la práctica de los Estados a menudo se refleja en la noción de *dédoublement fonctionnel*, el Estado es un actor que prescribe un «doble» derecho. En cuestiones prácticas, entonces, un Estado puede invocar sus intereses políticos y legales para preservar las necesidades esenciales a su defensa y actuar conforme a la definición de dichas necesidades, insistiendo en que su posición (tal como la consideran terceros que la evalúan objetivamente) es conforme a las expectativas político-jurídicas del derecho internacional. De ahí que la interdependencia del derecho y la política sea inherente a esta cuestión. En segundo lugar, el problema de la asignación de competencias no se resume simplemente en términos de Corte Internacional versus Consejo de Seguridad; se trata de una cuestión fundamental entre la competencia asignada al Consejo y a cada Estado miembro a quien la Carta de las Naciones Unidas atribuye el derecho inherente de legítima defensa. Ello abarca expectativas en cuanto al derecho inherente de determinar cuándo se amenaza su existencia, y cómo defender sus intereses de seguridad conforme al derecho internacional. Exponer el problema en estos tér-

minos requiere un detenido análisis del texto de la Resolución 713, como también de la Carta de las Naciones Unidas y las expectativas operacionales generadas por la práctica a partir de la Segunda Guerra Mundial.

### **Análisis del Texto de la Resolución 713 del Consejo de Seguridad y las resoluciones relacionadas**

En el texto se asevera que el cometido de la resolución es «establecer la paz y la estabilidad en Yugoslavia...» y por la misma, se exige la inmediata puesta en práctica de un embargo general y completo de armamentos «a Yugoslavia», embargo que regirá «hasta que el Consejo decida lo contrario tras la celebración de consultas entre el Secretario General y el gobierno de Yugoslavia. Por ende, la resolución no tiene en cuenta Estados reconocidos soberanos e independientes que no forman parte «de Yugoslavia» y en lo que se refiere a la revocación del embargo, prevé consultas con el «gobierno de Yugoslavia», y no con otros gobiernos. El hecho fundamental es que ulteriormente a la aprobación de la resolución que nos ocupa, se reconocieron de hecho y jurídicamente, nuevos Estados soberanos e independientes que en ese entonces no «existían» y, por ende, quienes la prescribieron no podían considerar esa eventualidad. El 6 de marzo de 1992, mucho después que la resolución hubiera sido aprobada, Bosnia-Herzegovina se declaró independiente de Yugoslavia. El 4 de abril de 1992, la ciudad de Bijeljina fue atacada por el ejército yugoslavo. Asimismo, cabe señalar que el 15 de mayo de 1992, el Consejo de Seguridad exhortó a que el ejército yugoslavo se retirara de Bosnia-Herzegovina o se sometiera al comando

bosnio. El 6 de abril de 1992, las Naciones Unidas reconocieron a Bosnia-Herzegovina miembro soberano de la comunidad internacional de Estados. Suspendamos aquí la enumeración de «fechas» importantes.

El 15 de diciembre de 1991, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 724 por la que se reafirma la Resolución 713, refiriéndose concretamente al Estado de Yugoslavia, sin que se haga mención alguna a otro Estado. Por otra parte, la Resolución 727 (8 de enero 1992) también reafirmó explícitamente las resoluciones 713 y 724. En dicha resolución se acepta el informe del Secretario General S/23363 del 5 de enero de 1992. La resolución y el informe aluden únicamente a Yugoslavia y en el párrafo 33 del informe sugiere que: «el embargo de armas continuará aplicándose a todas las zonas que han sido parte de Yugoslavia.» Desde el punto de vista de la interpretación se trata de dilucidar si la frase se redactó en estos términos para incluir a los Estados no yugoslavos que fueron parte de Yugoslavia. En cuanto cuestión preliminar cabe recordar que en los textos evocados (Resoluciones 713, 724, 727, e informe del Secretario General S/23363) se alude únicamente a Yugoslavia. El elemento de incertidumbre en cuanto a la interpretación dimana de las afirmaciones de las resoluciones 713 y 724 que no van tan lejos como la posible interpretación de la frase citada pudiera sugerir. En otras palabras, la Resolución 727 no pretende ir más allá de dichas resoluciones, pero la frase del informe incluida en el texto entraña una interpretación que probablemente va más allá de la globalidad del texto de ambas resoluciones, reafirmadas en la Resolución 727. Dado que en la Resolución 713 la suspensión

del embargo se supedita a «consultas» con el «gobierno de Yugoslavia» y no con otros gobiernos, desde el punto de vista puramente textual, la frase citada del párrafo 33 parece indicar que no ha de irse más lejos que lo previsto en dicha resolución. Además, la disposición concreta de celebrar consultas con el gobierno de Yugoslavia no puede implicar consultas con otros gobiernos. En el párrafo 33 se dice textualmente que el «embargo de armas continuará aplicándose a todas las zonas que han sido parte de Yugoslavia» y el término crítico es ese «continuará». A todas luces, ello significa que el embargo de armas «a Yugoslavia» o a una zona que fue parte de Yugoslavia - que por entonces comprendía Croacia y Bosnia-Herzegovina - continuará hasta que el Secretario General y el gobierno de Yugoslavia celebren «consultas». Ahora bien, esta conclusión es completamente absurda. De hecho, debe entenderse cabalmente que, tiempo después, la comunidad internacional reconoció la soberanía e independencia de dichos Estados respecto a Yugoslavia. Por consiguiente, cabe suponer que la elaboración razonable de este párrafo en el contexto de las resoluciones 713 y 724, y la consiguiente reafirmación de ambas en la Resolución 727, sugiere que no se debe dar una interpretación tan amplia a dichos términos como para que abarquen tácitamente a la República de Croacia o a Bosnia-Herzegovina en lo que se refiere al embargo a Yugoslavia propiamente dicha. Las zonas que siguen siendo parte de «Yugoslavia» son Serbia y Montenegro.

En el párrafo 33 también se alude a las decisiones pendientes respecto al reconocimiento de independencia, implicando por deducción que ello excluye a

las repúblicas independientes (Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina y Macedonia, así como «al resto» de Yugoslavia) y por ende ha de incorporarse como referencia a la Resolución 727 y, a su vez, por deducción a la 713, a efectos de limitar la aplicación del Artículo 51 a un Estado soberano víctima de un ataque armado, en violación del inciso 4 del Artículo 2 de la Carta. Aparte de los leves vínculos entre el párrafo 33 y la Carta en sí, las referencias y las deducciones como tal, han de leerse en el ámbito del lenguaje sencillo de la Resolución 713 y del contexto político jurídico al que se refieren las disposiciones de la misma. La frase «en Yugoslavia» obviamente no se aplica a Estados nación soberanos que «no» sean Yugoslavia, salvo que exista la firme determinación de enmendar la Resolución 713 mediante la Resolución 727. Al respecto, no hay indicación alguna de que tal haya sido el propósito del Consejo de Seguridad. Estas decisiones relativas a la cuestión del reconocimiento y la independencia solo pueden guardar relación con Eslovenia y Croacia que por entonces estaban a la espera de la decisión consiguiente. Bosnia-Herzegovina no había sido declarada independiente y, por ende, para la ONU la cuestión no se planteaba.

Un elemento importante para determinar el significado y alcance de la Resolución 713 reside en la cláusula que estipula la condición y duración del embargo «... hasta que el Consejo decida lo contrario tras la celebración de consultas entre el Secretario General y el gobierno de Yugoslavia». Ello implica como una situación de hecho a unidad permanente del Estado yugoslavo antes bien que de un Estado en plena disolución, tanto de hecho como jurídicamente,

tal como lo determinara la comisión de arbitraje Badinter, o bien, Yugoslavia debe identificarse en forma realista en aquellas repúblicas que se proclaman sucesoras de la ex federación yugoslava, es decir, Serbia y Montenegro. Se supone que el embargo quedará sin efecto cuando el «Estado» que es el principal protagonista y agresor acepte mantener consultas con el Secretario General de la ONU. Una resolución o una parte de la misma nunca debe interpretarse de manera que se llegue a un resultado absurdo, y las resoluciones del Consejo de Seguridad no han de interpretarse en tal sentido cuando desde el punto de vista jurídico es posible una elaboración más racional y razonable de las mismas. La Resolución 757 de mayo de 1992 no solo impone sanciones contra «Yugoslavia» sino que además la estigmatiza de agresora y violadora del derecho internacional y de la Carta de la ONU. Si alguna implicación por deducción y elaboración razonable se puede inferir de la misma es la siguiente: de hecho y jurídicamente, la Resolución 757 reemplaza la Resolución 713 en lo que se refiere a la situación en Bosnia-Herzegovina. El 17 de abril de 1993, en la Resolución 820 del Consejo de Seguridad se vuelve a calificar de agresión las actividades que tienen por blanco Bosnia-Herzegovina, se condena la depuración étnica y se reafirman las sanciones impuestas al resto de Yugoslavia.

### **La Resolución 713 en el contexto de la Carta de las Naciones Unidas**

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el Congreso de los Estados Unidos y muchos otros integrantes de la comunidad internacional están hondamente preocupados por la

discordia que ha sembrado la interpretación de la Resolución 713. También les preocupa que haya generado descrédito respecto a las Naciones Unidas y a la capacidad colectiva de la comunidad internacional de defender los valores más elementales de paz, humanidad, derechos humanos y dignidad esencial en Bosnia-Herzegovina y Croacia.

Empecemos por el Artículo 24 de la Carta que estipula las funciones y poderes del Consejo de Seguridad. Dicho artículo no le confiere poder ni competencia «exclusivos» en materia de paz y seguridad internacionales. El texto indica que el Consejo tiene únicamente la responsabilidad «primordial» de mantener la paz y la seguridad mundiales. Esta es una interpretación confirmada por la Corte Internacional en el caso *Expenses*. En efecto, desde hace largo tiempo se ha admitido que el derecho a veto de los miembros permanentes, compromete en grado sumo, la competencia del Consejo de Seguridad. Ello significa que las amenazas a la seguridad, por ejemplo, a los intereses de las superpotencias o de los miembros permanentes del Consejo, pueden ser menoscabados por un veto (un solo voto) y, por ende, no procuran coherencia a la respuesta internacional al problema de la paz y la seguridad, en cuanto cuestión capital de preocupación internacional. Esto es precisamente lo que sucedió durante la guerra de Corea, cuando los Estados Unidos se adelantaron al veto soviético mediante la innovación normativa conocida con el nombre de «Uniting for Peace Resolution». En dicha resolución se mantiene que cuando el quehacer del Consejo de Seguridad queda paralizado a raíz del veto y el quebrantamiento de la seguridad internacional persiste, la autoridad residual reside en la Asamblea General si se

logra obtener los dos tercios de votos para poner fin a los quebrantamientos de la paz y la seguridad internacionales.

En el contexto de la crisis de los misiles en Cuba, los Estados Unidos interpretaron sus deberes conforme al Artículo 24, el Capítulo VII y el Artículo 51 para preservar ante todo el derecho inmanente de legítima defensa. Es decir, primero actuaron, y luego plantearon el asunto al Consejo de Seguridad, conforme al Artículo 51. Los EE.UU. interpretaron el término «primordial» de manera de no menoscabar su propia facultad de determinar aquello que debería hacerse en aras de su seguridad en cumplimiento de lo previsto en el Artículo 51: un Estado tiene el derecho inmanente de legítima defensa. El instrumento principal de preocupación e interés por la seguridad occidental (OTAN) no está organizado conforme al Artículo 53 que nominalmente lo pone bajo jurisdicción del Consejo de Seguridad, sino conforme al principio de legítima defensa consignado en el Artículo 51. La alianza de seguridad occidental se ha abrogado concretamente los derechos de legítima defensa individual o colectiva contra el imperialismo ruso-soviético.

La posición pública tomada por Francia, en el contexto de los casos de prohibición de experimentos nucleares, fue afirmar rigurosamente que su programa de experimentos formaba intrínsecamente parte de su autoridad de seguridad interna de legítima defensa y no se trataba de una cuestión que debía someterse a la Corte Internacional. Ultimamente, el gobierno libio impugnó la legalidad de una resolución del Consejo de Seguridad que presuntamente falseaba los derechos y obligaciones de Libia en el ámbito de un tratado multilateral (el caso Lockerbie). Los amplios

poderes del Consejo se reconocieron, aun cuando el punto preciso se encontró textualmente en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas que prevé: «En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro\* convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta. (\* Términos destacados por el autor).

El Artículo 103 no alude a las obligaciones que no dimanar de la Carta en sí. La legítima defensa es un derecho reconocido en esta última, por lo tanto, la decisión relativa al caso Lockerbie poco aporta a la mediación entre la competencia del Consejo de Seguridad - en cuanto aspecto de interés en materia de jurisdicción internacional - y la competencia de un Estado de ejercer el derecho de legítima defensa cuando la estructura internacional de paz y seguridad es incapaz de poner fin a la agresión y el genocidio.

Veamos en detalle las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas, a efectos de demostrar que la Resolución 713 no menoscaba el derecho de legítima defensa de los bosnios. Tal como he indicado anteriormente, conforme al Artículo 24, el Consejo de Seguridad tiene «la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales» pero previamente se estipula: «A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren...». Es sumamente plausible interpretar esta frase como un elemento restrictivo (la «responsabilidad primordial» es condicionada no solamente a una «rápida» sino «eficaz acción»).

La Resolución 713 no prevé una acción «eficaz» y «rápida» para poner fin a

la agresión en el Estado de Bosnia-Herzegovina. De hecho, tampoco prevé una acción rápida y efectiva para acabar con los quebrantamientos a la paz y seguridad internacionales. Existen sólidos precedentes legales que secundan la proposición de que la frase «responsabilidad primordial» no significa «responsabilidad exclusiva», tal como se articulara en la «Uniting for Peace Resolution» y en el caso Expenses. Además, se la condiciona a la noción de una intervención «rápida» y «eficaz». Este no ha sido el caso en Bosnia tal como lo demostrara ampliamente una apreciación del contexto de fondo.

Pasemos ahora al Artículo 25 que establece: «Los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta.» Este artículo, por supuesto, debe interpretarse en el ámbito de la Carta en su conjunto, Artículo 51 incluido. El simple hecho de que la Resolución 713 haya sido aprobada no invalida la obligación de que sea interpretada racionalmente para garantizar la seguridad en lugar de menoscabar el texto y los propósitos de la Carta en sí. Es decir, la Resolución 713 debe interpretarse de manera a fomentar dichos propósitos, no de socavarlos. La frase crítica de este artículo es «... de acuerdo con esta Carta» y no con algunos fragmentos de la misma.

El Artículo 39 confiere un amplio ámbito de albedrío necesario a la jurisdicción del Consejo de Seguridad respecto a las amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz y actos de agresión: «El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de

conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.» Este artículo debe interpretarse en primer término conforme a lo dispuesto en el Artículo 24 y a las limitaciones a los poderes del Consejo contenidas en el mismo. También ha de interpretarse en relación al último artículo del Capítulo VII y el Artículo 51. Asimismo, el albedrío conferido al Consejo por el Artículo 39 ha de interpretarse respecto a la posibilidad de que el Consejo de Seguridad quede paralizado a raíz del recurso al veto o a la amenaza de recurrir al mismo.

Examinemos ahora las disposiciones del Artículo 51 respecto a la legítima defensa. El texto de este artículo no está exento de controversia. Ahora bien, las controversias de interpretación en cuanto al significado de «ataque armado» o respecto a si ha de interpretarse que el artículo permite o proscriba un ataque anticipado al ataque del Estado «enemigo», no son puntos que limiten o amplíen el significado del Artículo 51 en el contexto de la guerra en Bosnia-Herzegovina. Bosnia no se preparó a la guerra, no pretende apoderarse de territorios vecinos, la historia reciente abunda en esfuerzos del gobierno bosnio, a todo nivel de la comunicación internacional, por emplear métodos pacíficos de solución del conflicto, y de cumplir cabalmente el mandato del Derecho Internacional. Exactamente al contrario de la coalición agresora dirigida y controlada por la élite de Belgrado. A fin de apreciar cabalmente lo que significa para la existencia del Estado y del pueblo bosnios una correcta apreciación del Artículo 51 se impone citar la totalidad del texto:

«Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defen-

sa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.»

Se trata de una disposición compleja cuya premisa normativa fundamental dista de ser obvia. En el contexto del Capítulo VII (por el que se autoriza al Consejo de Seguridad a recurrir a la fuerza cuando sea necesario para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales) esta disposición aparentemente implica la negación del mismo. Es decir, el significado cabal del Capítulo VII hace de la paz y la seguridad una cuestión de decisión y preocupación internacional y colectiva del Consejo de Seguridad y, a la vez, hace de la paz y seguridad internacionales una cuestión de «legítima» defensa individual o colectiva, inherente al marco de las expectativas de la Carta.

El conflicto patente entre la jurisdicción del Consejo, fundada en la «preocupación internacional», y la jurisdicción de los Estados soberanos, fundada en la «legítima defensa» no puede conciliarse

mediante un abstracto análisis del texto, salvo que dicho análisis se confronte con el contexto real del conflicto. En otras palabras, la conciliación - en el sentido de determinar racionalmente cuando se trata de una cuestión de paz y seguridad internacionales y cuando entra en juego la prioridad de la legítima defensa - sólo puede hacerse racionalmente, examinando sistemáticamente el contexto del conflicto, incluidas las perspectivas críticas - proceder, reivindicaciones y expectativas de todos los actores en cuestión. El análisis contextual revelará que Belgrado y sus acólitos intentaron recurrir a la fuerza para establecer una «gran» Serbia y que utilizaron estrategias de agresión, atrocidad y depuración étnica, violando ampliamente las normas de derecho humanitario y de derechos humanos. Asimismo, se constatará rápidamente que el gobierno de Bosnia ha cumplido con todos los requisitos del derecho internacional para mantener la paz, recurriendo a todos los medios pacíficos a su alcance para solucionar el conflicto y respetando los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza, religión u origen étnico. El proceder de Belgrado ha sido xenófobo y racista, su reivindicación imperialista de una gran Serbia, y sus estrategias, constituyen el de rechazo del derecho y la civilidad.

En la situación actual, la Resolución 713 implica la anulación del Artículo 51. Es decir que, actuando de conformidad con el Capítulo VII y el Artículo 24, el Consejo de Seguridad está, de hecho, proclamando la facultad de falsear los derechos de Bosnia-Herzegovina según el Artículo 51, derecho que en dicho artículo se declara «inmanente»: «Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defen-

sa...». Esta parte del artículo representa una clara asignación de poder o competencia a un Estado en lo que se refiere a defender su existencia, sus valores e intereses básicos de seguridad contra un «ataque armado»; se trata en primer término de un poder asignado constitucionalmente a dicho Estado (víctima o blanco) de un ataque armado, y a sus aliados, aquellos que son capaces y están dispuestos a prestarle asistencia para sustentar la capacidad de defender la integridad territorial, la independencia política y la soberanía jurídica.

El Artículo 51 prevé igualmente un orden de jurisdicción entre el Estado que ejerce el derecho de legítima defensa y el consiguiente papel del Consejo de Seguridad. Asimismo, indica que en ese caso, el Estado en cuestión debe comunicar inmediatamente al Consejo de Seguridad, las medidas que haya tomado. Cabe señalar que este fue precisamente el proceder de los EE.UU. en el contexto de la crisis de misiles en Cuba: primero actuó para repeler la amenaza que pesaba sobre su territorio y, luego, informó al Consejo de lo actuado. Precisamente por esta razón la OTAN, en cuanto convenio de seguridad regional, se organizó a partir del Artículo 51 de la Carta. Este requisito técnico de acción seguida de la consiguiente comunicación se basa en un fundamento importante desde el punto de vista pragmático y técnico.

Desde el punto de vista pragmático, las principales potencias nunca cederán enteramente la responsabilidad de legítima defensa y de seguridad nacional, a un órgano internacional como el Consejo de Seguridad, en un mundo que por su propia naturaleza sigue estando sumamente descentralizado en la distribución de facto del poder real o efectivo en el pro-

ceso de poder mundial. Este último entraña grandes expectativas de violencia, que en muchos casos no son otra cosa que coerción desautorizada. En una situación semejante, ningún Estado que se proponga autoproclamarse tal, sacrificará su propia existencia y la de su pueblo, confiriendo el derecho de legítima defensa a un órgano internacional que aunque bien intencionado, a lo largo de su trayectoria ha dado muestras de capacidades esporádicas e indiferentes de cumplir su papel de administrador mundial de las expectativas globales en materia de paz y seguridad. Esas capacidades y los límites de las mismas resultaron manifiestos en plena guerra fría cuando las superpotencias y los demás miembros permanentes del Consejo de Seguridad paralizaban el papel significativo de este último en materia de seguridad, interponiendo el veto o simplemente amenazando con interponerlo, a efectos de eliminar un punto del orden del día. Precisamente por esta razón, los EE.UU. no plantearon primero la crisis de misiles de Cuba al Consejo de Seguridad para luego tratar de actuar. De hecho, si hubiera buscado la intervención directa del mismo para desmantelar y sacar los misiles, la URSS hubiera interpuesto el veto y los EE.UU. hubieran tenido que asumir la tarea de interpretar dicha acción de manera a no comprometer el derecho inmanente de proteger su propia seguridad, o correr el riesgo de no poder deshacerse de una posición que comprometía ese derecho en sí. Un punto importante que dimana de la interpretación del alcance del Artículo 51, es el hecho de que haya que interpretarlo contextualmente para comprender el problema de prioridad de competencias entre los distintos protagonistas, instituciones e intereses cuando la coerción es utilizada o se amenaza con ella, a

efectos de asignar real y racionalmente las consiguientes competencias o poderes entre, por ejemplo, el Consejo de Seguridad y los Estados envueltos en un conflicto.

El contexto de coerción en Bosnia-Herzegovina también revelará que si bien el «pueblo» de Bosnia existía y era reconocido por el derecho internacional, el Estado aún no había sido reconocido cuando se aprobó la resolución. El ulterior reconocimiento del Estado de Bosnia nos dice que técnicamente, la resolución solo se aplica al «pueblo» y no al Estado, y por ende, no concierne al Estado y sus aliados, a menos que sea modificada o suplantada, declarando explícitamente que también se aplica al Estado reconocido y soberano de Bosnia y Herzegovina. La restricción de la soberanía de un Estado no se puede dar por sentada en cuestiones que guardan relación con la seguridad y existencia del mismo y del pueblo en cuestión. Por lo tanto, no se puede suponer que la Resolución 713 menoscaba el derecho concreto de Bosnia-Herzegovina conforme al Artículo 51, salvo que se declare expresamente la intención de utilizar el Capítulo VII para limitar el recurso a dicho artículo. Dado que desde el punto de vista jurídico, el Estado de Bosnia no existía y, de facto, no era un Estado víctima de agresión cuando se aprobó la resolución, desde la perspectiva de un tercero, dicha resolución puede interpretarse equitativamente en la medida que no menoscaba los derechos de legítima defensa de Bosnia. Aplicada al «pueblo» de Bosnia-Herzegovina, la resolución no tiene en cuenta el hecho notorio, reconocido jurídicamente por la Corte Internacional y el propio Consejo de Seguridad, del genocidio del que está siendo víctima. Dado que el genocidio es un crimen universal y la prohibición del



mismo un principio perentorio del derecho internacional (jus cogens), la resolución, involuntariamente, surte el efecto de tolerarlo o secundarlo. La única manera racional de evitar responsabilizar del genocidio a una institución importante de la ONU, es aclarar el alcance de la resolución -garantizar al pueblo de Bosnia-Herzegovina que su derecho a recibir asistencia de seguridad para evitar su extinción no dimana del propósito de la Resolución 713. Desgraciadamente, el Consejo de Seguridad no se encuentra en posición de aclarar el «alcance» de la misma porque el Reino Unido, Francia, Rusia y China, habida cuenta de sus diversos intereses y negocios en la región, interpondrían el veto.

Dado que políticamente es imposible lograr que el Consejo revise la resolución, la única alternativa correcta desde el punto de vista jurídico, es que todos los Estados asuman y declaren unilateralmente que: (I) El propósito de la Resolución 713 nunca fue fomentar la agresión contra un miembro de la ONU; (II) la resolución no tiene por cometido enmascarar el genocidio y la violación de un principio de jus cogens del derecho internacional; (III) todos los Estados podrán conceder a los bosnios el volumen de apoyo necesario para garantizar su existencia física y repeler la agresión.

Por último, en la primera frase del Artículo 51 se declara que el derecho inmanente de legítima defensa queda consiguientemente limitado «hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.» La calificación operativa en esta asignación consecutiva de competencia jurisdiccional reside en los términos «necesarios para mantener». Incluso

una apreciación superficial de los aspectos contextuales de la guerra en Bosnia-Herzegovina indicará claramente que la intervención del Consejo de Seguridad no ha abordado siquiera las condiciones «necesarias» para mantener la paz y la seguridad ni mucho menos puesto fin a la agresión y el genocidio. Ello nos trae al cuarto punto: conforme a la Carta de las Naciones Unidas, un Estado puede hacer declaraciones unilaterales.

Un Estado puede dar por sentado que la competencia del Consejo de Seguridad para restablecer rápida y eficazmente la paz y la seguridad internacionales se limita precisamente a esa serie de condiciones «necesarias». El incumplimiento de las condiciones que prescribe la competencia del Consejo no debería considerarse que menoscaba el derecho de legítima defensa individual o colectiva, cuando la invocación de dicho derecho es coherente con los propósitos principales de la Carta. Entonces, a menos que, o mientras que el Consejo de Seguridad no declare concretamente que la Resolución 713 abarca al Estado de Bosnia-Herzegovina, que no hubo agresión ni genocidio ni crímenes de guerra ni conquistas territoriales ilícitas, de conformidad con el Artículo 55 los Estados tienen la obligación de promover inter alia, «relaciones pacíficas y amistosas» entre Estados; «el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos» y «el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales». Al tenor del Artículo 56, todos los Estados miembros de la ONU se comprometen a tomar «medidas conjunta o separadamente», para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55. A mi juicio, estos artículos complementan el Artículo 51 que asigna compe-

tencia a cada Estado y a alianzas de Estados en cuestiones de paz y de otros asuntos de seguridad, reconociendo implícitamente que pueden plantearse situaciones en las que los órganos de la ONU tal vez sean incapaces de actuar en el momento oportuno o con la rapidez y eficacia requeridas. Creo que tal es el caso en Bosnia-Herzegovina. La responsabilidad de una acción internacional para proteger la paz, la seguridad y los derechos humanos, debe recaer entonces en Estados individuales y sus respectivos aliados, para defender los principios de la Carta y el Imperio internacional del Derecho. Por todo lo antedicho, desde mi punto de vista no existen barreras legales o políticas que impidan procurar al Estado y al pueblo bosnios la necesaria asistencia proporcional que les permita ejercer el derecho de legítima defensa contra una extinción brutal.

## POSDATA

El problema que plantea la Resolución 713 ha sido objeto de muchos debates en los círculos políticos del mundo islámico, de los EE.UU. y, últimamente, de Europa Occidental. La cuestión se planteó a la Corte Internacional de Justicia mediante el informe sobre Bosnia-Herzegovina del Profesor Francis Boyle, uno de sus agentes y su relevancia fue destacada en la opinión separada del Juez Lauterpacht.

La ex-Primera Ministra, Margaret Thatcher, aboga desde hace tiempo por la suspensión del embargo de armas a las Repúblicas de Croacia y de Bosnia-Herzegovina, alegando que el derecho de legítima defensa consagrado en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas codifica un derecho que precede

a la Carta y, por ende, la Resolución 713 no lo puede limitar. Miembros del Congreso de los EE.UU. han alegado, fundándose esencialmente en consideraciones de orden institucional y político, que dicha resolución debilitará más aún la capacidad del Consejo de Seguridad de desempeñar con eficacia el difícil papel que le incumbe en la seguridad colectiva y el mantenimiento de la paz. Fundándose en consideraciones de orden político estiman que armar a los bosnios prolongará la guerra y pondrá en peligro a los observadores de la ONU y a los trabajadores de la ayuda humanitaria que se encuentran allí. La Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución de la Asamblea General A/48/1/50 del 20 de diciembre de 1993) reafirmó que Bosnia-Herzegovina es un Estado independiente y soberano y un miembro de la ONU que goza de todos los derechos consignados en la Carta, entre ellos, el derecho de legítima defensa contra una agresión. En la misma resolución se expresa preocupación por la continuación de la guerra y se hace un llamamiento al Consejo de Seguridad para que excluya a Bosnia-Herzegovina del embargo de armas, exhortando a la vez a los Estados Miembros a brindar cooperación a la República de Bosnia-Herzegovina ejerciendo de conformidad con el Artículo 51, el derecho inmanente de legítima defensa individual y colectiva.

El 27 de enero de 1994, en un párrafo de la resolución del Senado de EE.UU. (Res S1281 «Policy on Termination of United States Arms Embargo») se declaraba por un voto de 87 a 9, que conforme al Artículo 51 de la Carta, el ningún embargo de la ONU tiene validez; de hecho se trataba de un embargo de armas, de los EE.UU. y se exhortaba al presidente Clinton a suspenderlo.

Cincuenta y un senadores de los EE.UU. le remitieron una carta, apoyando la acción unilateral de levantar el embargo de armas, argumentando que si los EE.UU. daban el primer paso sus aliados lo seguirían.

El decreto «Foreign Relations Authorization Act» (30 de abril de 1994) sancionado por el Presidente Clinton, aprueba la resolución del Senado relativa a la «Política de EE.UU. para poner fin al embargo de armamentos». El 9 de

junio de 1994, la Cámara de Representantes aprobó la Autorización del Departamento de Defensa que contiene una enmienda destinada a obligar al Presidente Clinton a levantar unilateralmente el embargo de armas contra Bosnia-Herzegovina. Los informes de prensa indican que Irán ha enviado sin tapujos «un avión cargado de pertrechos militares a los bosnios musulmanes.» (Graham Fuller, *Iran's Coup in Europe*, *The Washington Post*, 15 de mayo de 1994, pág. 7).

# Hacia la responsabilidad internacional de las Naciones Unidas respecto a violaciones de derechos humanos cometidas en ocasión de operaciones de «mantenimiento de la paz»

## El caso de Somalia

Willy Lubin\*

### Introducción

¿Quién puede pretender no afigurarse cuando ve por televisión en directo desde Somalia, esos niños esqueléticos prendidos al seno mustio de mujeres cadavéricas? También hemos visto miles de campesinos y pastores perseguidos que no logran cultivar sus tierras ni alimentar a sus rebaños. Todos ellos condenados a morir de inanición porque allí donde viven, quienes sacan provecho de un régimen rico en armas sofisticadas luchaban entre sí con frenesí belicoso al tiempo que sus jefes se autoproclamaron «señores de la guerra».

La comunidad internacional, naturalmente, demostró cabal solidaridad con el intento de poner fin a la situación dramática de Somalia y de «devolver la esperanza» una vez más a la población.

¿Se trataba de «socorrer a un Estado claudicante» o de «un renacimiento altruista del colonialismo»?

Fuera cual fuera el motivo, lo más importante era la necesidad de actuar. En algunos casos, la comunidad internacional debe reemplazar a un gobierno claudicante, tal como lo explicara el

Sr. Boutros Boutros Ghali, Secretario General de las Naciones Unidas, en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en junio de 1994:

«... cuando los Estados se revelan indignos de esa misión (proteger los derechos humanos)... debe plantearse la cuestión de la acción internacional. En tales circunstancias, corresponde a la comunidad internacional, es decir, a las organizaciones internacionales, universales o regionales, hacerse cargo de la misión que incumplen los Estados claudicantes.»

Lo mismo dicen aquellos que se han autoconvencido de que habiendo terminado la guerra fría, finalmente ha llegado la hora de las Naciones Unidas y que el nuevo orden internacional, nacido de las ruinas del ex bloque soviético, podría conferir efectividad al papel atribuido a la misma por la Carta.

De ahí que en estos últimos años, las operaciones de «mantenimiento de la

\* Diplomado en política criminológica de la Universidad Montpellier 1, Francia.

paz» hayan acusado un aumento sin precedentes,<sup>1</sup> siendo una de las más recientes la denominada ONUSOM.

Esta operación, que tal vez hubiera tenido éxito en la esfera humanitaria, se transformó en una verdadera pesadilla; decenas de «cascos azules» y cientos de civiles somalíes fueron asesinados sin contar los heridos y los daños materiales. Los somalíes ya no morían de hambre sino acribillados por las balas de los «cascos azules» que estaban allí para «devolver la esperanza» y no para aplastarla.

El General rebelde Mohamed Farh Aidid acusa a las Naciones Unidas de «violar» su mandato y de «sabotear» el plan de paz. Las Naciones Unidas, a su vez, atribuyen la responsabilidad a la facción de dicho General.

Sea cual sea el grado de responsabilidad de cada una de las partes en este conflicto, lo cierto es que los derechos humanos deberían ser respetados y protegidos por ambas. Al respecto, la deficiencia es flagrante.

Además, una vez que las Naciones Unidas recurren a la fuerza, no sólo se plantea la cuestión de la «neutralidad» de la organización sino también, y particularmente, la de la responsabilidad de la misma en caso de violaciones a la Carta. Cuestión que examinaremos suscitadamente en el presente artículo.

Lo ocurrido en Somalia es un modelo para el tercer mundo, modelo del que deberíamos sacar algunas enseñanzas.

Antes de examinar la responsabilidad internacional de las Naciones Unidas (II) y sus consecuencias (III),

debemos ocuparnos del trasfondo oculto de la operación de «mantenimiento de la paz» en Somalia (I).

## **I El trasfondo secreto de una operación de «mantenimiento de la paz»**

A efectos de explicar el trasfondo secreto de esta operación debemos centrarnos en dos ideas: el papel de Occidente y la verdadera índole de las fuerzas de las Naciones Unidas en Somalia.

### **a ¿Es neutral el Occidente?**

Las operaciones de las Naciones Unidas no deberían hacernos olvidar la responsabilidad que le cabe a Occidente por haber impuesto a Somalia programas de ajuste económico que contribuyeron a la ruina del país.

De hecho, el Sr. Chossu Dovsky, profesor de economía de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Ottawa, sostiene<sup>2</sup> que el programa impuesto al gobierno de Somalia por el FMI y el Banco Mundial a principios del decenio de 1980 puso en peligro el delicado equilibrio entre los sectores nómades y sedentarios. Una de las funciones de este plan de austeridad era obtener los fondos destinados al reembolso de las deudas contraídas por Somalia con el Club de París y especialmente con el propio FMI. Este último, como de costumbre, se negó a renegociar la deuda. Las consecuencias de este programa de ajuste estructural precariamente adaptado a Somalia fueron:

1 Entre 1945 y 1987 hubo 13 operaciones de esta clase y 15 desde 1987 hasta la fecha.

2 Véase *Le Monde diplomatique*, julio-agosto de 1993.

- Aumento de la dependencia alimentaria, la ayuda se multiplicó por 15,<sup>3</sup> lo que generó el éxodo rural y la emigración de los productores en detrimento de los productos tradicionales, provocando el empobrecimiento de las comunidades rurales. Los militares y los simpatizantes del régimen se apropiaron de las mejores tierras de cultivo.
- Devaluación del chelín somalí con las secuelas consiguientes: aumento de precios, disminución del poder adquisitivo y colapso de la infraestructura.

Por ende, la economía somalí quedó atrapada en el mismo círculo vicioso que otros países pequeños, entre ellos Haití, arruinados por la inundación del mercado de cereales importados subvencionados.

## **b La ONUSOM ¿es una fuerza de «mantenimiento de la paz»**

Las fuerzas de «mantenimiento de la paz» no son las fuerzas armadas que el Consejo de Seguridad puede establecer (Artículos 43 y 47 de la Carta de la ONU) ni las organizadas por los Estados miembros a partir de una invitación<sup>4</sup> o una autorización<sup>5</sup> de dicho Consejo.

En ambos casos, las fuerzas pueden emplear medidas coercitivas para restablecer la paz en el país o la región en cuestión.

Respecto a Somalia, consideramos

que sería inexacto hablar de «fuerzas de mantenimiento de la paz» dado que fueron establecidas por unos pocos Estados miembros a partir de una autorización del Consejo de Seguridad.<sup>6</sup>

Las fuerzas de mantenimiento de la paz difieren de las fuerzas presentes en Somalia por su mandato que es precisamente, mantener la paz. Esta denominación abarca las dos clases de operaciones que lleva a cabo la ONU. En un caso, las fuerzas de la ONU tienen el mandato concreto de mantener la paz, supervisando el cumplimiento del armisticio o de los acuerdos de cese el fuego, requisito previo para recurrir a dichas fuerzas (citemos como ejemplo: APRONUC en Camboya, UNPROFOR en la ex Yugoslavia y la misión civil internacional en Haití). En el otro, se envía una misión de observación, como en el caso del grupo de observadores militares enviados a la India y Paquistán (UNMOGIP, 1949).

Volviendo a Somalia, se trata de una fuerza multinacional autorizada por el Consejo de Seguridad, sujeta a los preceptos del derecho internacional humanitario que deben ser respetados. A tales efectos, se requiere a los Estados que ponen a disposición los contingentes, que les impartan las instrucciones pertinentes. Las Naciones Unidas, por su parte, tienen la obligación de hacer lo propio respecto al comando unificado. Además, llegado el caso, las autoridades nacionales del contingente en cuestión deben reprimir las infracciones al dere-

3 Véase *Africa News*, informe del 13 de mayo de 1993.

4 El ejemplo de Corea en 1950

5 El caso de el Golfo en 1990.

6 Umesh Palwankar - Aplicabilidad del derecho internacional humanitario a las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU, *Revista internacional de la Cruz Roja*, N° 80, mayo-junio de 1993, págs. 245-259.

cho internacional humanitario.

Sin embargo, más allá de estos problemas iniciales, es la responsabilidad internacional de las Naciones Unidas la cual debería ser examinada.

## II La responsabilidad de las Naciones Unidas por hechos y por riesgo

Todo sistema jurídico implica que las entidades legales asuman la responsabilidad cuando su conducta infringe los derechos e intereses de otros sujetos jurídicos. Ello también se aplica a la comunidad internacional donde las Naciones Unidas desempeñan el papel de organismo regulador. Entendámonos bien, nos referimos a la responsabilidad de la ONU en cuanto organización y no a la responsabilidad in solidum de los Estados miembros. Tal como indicado anteriormente, decenas de «cascos azules» y miles de civiles somalíes fueron asesinados sin contar los heridos ni los daños materiales.

¿Quién es responsable? ¿A quién han de pedir cuentas las víctimas?

En lo que se refiere a los «cascos azules», las Naciones Unidas y los Estados que proveen las tropas, resuelven la cuestión entre ellos. En lo que atañe a las víctimas civiles, ignorar el problema demuestra una visión muy cortoplacista.

Es comprensible que haya algunos que no se molesten en plantearlo en el ámbito de una conferencia internacional, pero existen diversos medios de asumir la responsabilidad sin menoscabar la propia autoridad. No es el propósi-

to del presente artículo cuestionar los méritos y la justificación de las operaciones de «mantenimiento de la paz». Es obvio que ya no hace falta volver a considerar la importancia de las mismas como también es obvio que la ONU no puede seguir siendo una defensora acérrima de los derechos humanos y a la vez, la primera en violarlos. Las Naciones Unidas deben ser capaces de asumir y aceptar su responsabilidad.

### a La responsabilidad por hechos

#### 1 *Atribución de la responsabilidad internacional a las Naciones Unidas*

Según el mandato vigente, cuando el comportamiento denunciado atañe a personas u organizaciones, la responsabilidad internacional puede atribuirse a las Naciones Unidas.

Tal como declarara el Sr. François Leotard<sup>7</sup>, en Somalia hay dos fuerzas armadas: «por un lado las estadounidenses, que responden a su propio comando, y por el otro, las que responden al comando de las Naciones Unidas.»

De ahí que incluso si fuera perpetrado por las fuerzas estadounidenses, el acto ilícito debería atribuirse a la ONU, habiendo actuado en nombre de dicha organización.

Por ende, no hace falta ninguna distinción jurídica entre las «dos fuerzas» que componen ONUSOM. A nuestro juicio, la responsabilidad por los actos perpetrados por la totalidad de dichas fuerzas recae en las Naciones Unidas, si esta Organización no hubiere tomado las

7 Ministro de la Defensa en Francia, programa televisivo *l'Heure de vérité*, Antenne 2, Setiembre 1993

debidas precauciones para proteger a la población civil.

Según esta teoría, la responsabilidad de la ONU puede entrar en juego no por la ONU en sí, sino a raíz del comportamiento censurable de sus propias instituciones por no ejercer la vigilancia que les compete.

2 *Circunstancias a partir de las cuales, los actos de los «cascos azules» no son ilícitos: ¿Estado de necesidad «militar»?*

Si bien las Naciones Unidas se negaron a indemnizar a las víctimas de actos perpetrados por las fuerzas de «mantenimiento de la paz» en virtud del estado de necesidad militar, admitieron la responsabilidad por actos de saqueo y violencia perpetrados por dichas fuerzas fuera de las operaciones militares.<sup>8</sup> En el caso de Somalia, este razonamiento contradiría los principios del derecho internacional en general y del derecho internacional humanitario en particular, ya que el «estado de necesidad militar» no puede ser motivo de exoneración, desde que tal concepto requiere encontrarse ante un peligro serio y eminente para un interés esencial (¿el de las Naciones Unidas o el de la comunidad internacional?).

Desde el punto de vista jurídico, el estado de necesidad en general no puede anular la índole ilícita de la violación de un derecho, salvo que se reúnan varias condiciones, a saber:

- La exoneración no debe haber sido excluida por tratado, expresamente o simplemente en el espíritu del mismo.

- La violación del derecho es el único medio posible ante el peligro.
- Dicha violación no puede perjudicar un interés igualmente esencial de la víctima.
- No implica la violación de una norma de *jus cogens*.

A tenor de este análisis, podemos imaginar las diferencias de evaluación que surgirían en la opinión internacional, si las Naciones Unidas invocasen el «estado de necesidad militar» para negarse a indemnizar a las víctimas de actos perpetrados en Somalia por las «fuerzas de mantenimiento de la paz».

El interés esencial de la comunidad internacional, y por ende de las Naciones Unidas, era salvar vidas. ¿Tenemos derecho a acabar con unas so pretexto de querer salvar otras?

## **b Las responsabilidad por riesgo**

Algunas actividades de las Naciones Unidas pueden provocar daños graves al ser humano, al medio ambiente o a ambos. En Somalia puede tratarse de bombardeos que cobran vidas y destruyen casas, criaderos, etc. En tal caso, debe admitirse la responsabilidad por riesgo. Cuando las actividades son compatibles con el derecho internacional, resulta sumamente difícil imaginar alguna responsabilidad eventual de las Naciones Unidas por hechos, respecto a actos que se consideran ilícitos internacionalmente. No obstante, la responsabilidad por riesgo puede admitirse.

En Somalia, las víctimas deben beneficiarse de una indemnización sin tener

8 A.J.N.U - 1965, 41.



que demostrar el hecho cometido por las Naciones Unidas. Bastaría con que demostrasen que las fuerzas de las Naciones Unidas se negaron a cumplir un nuevo deber de vigilancia, es decir, no abrir fuego en medio de una multitud de civiles.

En el caso que nos ocupa, podemos aceptar la hipótesis general de una responsabilidad por riesgo correlativa a la responsabilidad por hechos.

### c Perjuicios causados a las víctimas somalíes

La responsabilidad de las Naciones Unidas, a raíz de la transgresión de una norma de derecho internacional sería puramente teórica si los actos ilícitos no hubieran causado daño alguno.

Ahora bien, si lo que está en juego es la responsabilidad por riesgo, el propio daño genera dicha responsabilidad: puesto que hay daño, hay derechos de las víctimas.

Dado que el derecho internacional ignora la acción popular, es decir, la posibilidad de que intervenga cualquier otro sujeto, sólo quienes pueden demostrar haber sufrido un perjuicio individual podrán incoar una acción por responsabilidad.

Por lo tanto, será tarea del «gobierno» somalí, defender los derechos de sus ciudadanos (a quienes no se considera sujetos de derecho internacional). Pero habida cuenta de que la situación favorece al «gobierno» políticamente, resulta difícil suponer que ese mismo gobierno solicite una indemnización a las Naciones Unidas.

### 1 ¿Perjuicio directo, material o moral?

Según la jurisprudencia y la práctica internacional en la materia, sólo los daños directos entrañan la responsabilidad de las Naciones Unidas. A tales efectos, basta establecer la prueba de la existencia de vínculo entre el acto ilícito y el daño consiguiente. En Somalia, es obvio que el hecho de abrir fuego contra una multitud de civiles (acto ilícito) provocó muertes, heridas y lesiones (daños o perjuicios).

En principio, la existencia de un perjuicio material, de cualquier índole y objeto, entraña siempre la responsabilidad de quien lo provocó.

¿Por qué debería exonerarse a las Naciones Unidas de reparar tales daños? Lo mismo se aplica al perjuicio moral, puesto que a partir de la indemnización que fuera otorgada en el caso Lusitania,<sup>9</sup> el 1º de noviembre de 1923, se ha sentado la norma de tener en cuenta el perjuicio moral.

### 2 Perjuicio mediato

En Somalia, las víctimas están sujetas al derecho nacional y entonces, se plantea la cuestión de determinar si son o no sujetos de derecho internacional. Ahora bien, hay que reconocer que alegar que no lo son es un argumento falaz. De hecho, casi todos los textos internacionales apuntan a reglamentar el comportamiento y las actividades del individuo. Para evitar esta denegación de justicia existe el tan conocido ardid jurídico denominado écran étatique, de utilizar al Estado como una pantalla. Sin embar-

9 *El Lusitania*, barco atacado por torpedos de un submarino alemán en 1916 (Véase el «Report of awards», Vol. VII, pág. 34-37).

go, como se ha indicado en el párrafo C del punto II, es difícil imaginar que el gobierno de Somalia se ponga de parte de sus ciudadanos. Aun así, sería oportuno que los secundara, para evitar un *tête-à-tête* entre ellos y las Naciones Unidas.

«Haciendo suyo el caso de uno de sus súbditos y recurriendo a la acción diplomática o a los procedimientos judiciales internacionales en nombre del mismo, el Estado en realidad hace valer sus propios derechos; el derecho de garantizar, en la persona de sus súbditos, el respeto por las normas de derecho internacional.»<sup>10</sup>

### 3 *El principio de agotar primero los recursos en el ámbito nacional y el caso de Somalia*

Un Estado, en nombre de la protección diplomática, no puede presentar una protesta internacional antes que el propio interesado, víctima del acto ilícito, haya agotado todos los recursos - amistosos y contenciosos - que ofrece y pone a disposición el sistema jurídico del Estado a quien se pretende atribuir la responsabilidad.

Esta regla no es absoluta pues se funda en presunciones y no puede invocarse cuando los recursos internos no existen o no son efectivos; tal es el caso de Somalia donde lo más probable es que cualquier reclamo sea ilusorio.

En el caso del Reino Unido contra los Estados Unidos, por ejemplo, las partes interesadas invocaron la xenofobia de los

magistrados para demostrar que era imposible utilizar los procedimientos nacionales.<sup>11</sup>

### III Consecuencias de la «responsabilidad de las Naciones Unidas»

Toda norma de derecho - nacional o internacional - entraña dos obligaciones: la de observarlo, y a la vez, remediar las consecuencias de la inobservancia de la misma.

En lo que atañe al derecho internacional, incluso hoy nos seguimos interrogando sobre la oportunidad de un verdadero sistema de derecho penal internacional. Además, en el caso de Somalia, nos resulta difícil imaginar cómo las víctimas civiles somalíes podrían insistir en que se impongan sanciones a la ONU u a otros sujetos de derecho internacional, responsables de infracciones que, fundándose en el propio derecho internacional, pueden calificarse de crímenes.

Ante la imposibilidad de imponer dichas sanciones, cabe preguntarse si las Naciones Unidas, en cuanto defensora de los derechos humanos, no tiene la obligación de reparar los daños causados en Somalia.

### a **¿Obligación de reparar de las Naciones Unidas?**

Si, de conformidad con el derecho internacional, cada Estado es en primer lugar responsable de respetar los derechos elementales de todo individuo dentro de su jurisdicción y si en relación a los demás Estados, las Naciones Unidas -

10 Sentencia del 30 de agosto de 1924 en el caso *Mavrommatis*.

11 R.S.A., Vol III, pág. 1767.

en cuanto representante de la moralidad universal - son responsables del respeto de los derechos humanos y obran por la plena realización de los mismos, la organización no puede sustraerse a la obligación de reparar cualquier infracción a esos derechos.

Ya en 1928, la Corte Internacional de Justicia enunciaba esta obligación:

«La Corte considera un principio de derecho internacional e incluso un concepto general de derecho, que toda violación de una responsabilidad entraña el deber de reparar.»<sup>12</sup>

Respecto al mismo caso, la Corte también declaraba:

«El principio esencial es que la reparación debería, en la medida de lo posible, cancelar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación tal como probablemente hubiera sido si dicho acto no se hubiera cometido.»

En Somalia sería posible reparar los daños materiales si, por ejemplo, se requiriera únicamente reconstruir las casas destruidas. No obstante, en lo que atañe a las consecuencias irreversibles, no es posible que las cosas vuelvan a ser lo que eran antes y entonces, será preciso considerar una reparación por equivalencia, es decir, una indemnización.

Grotius <sup>13</sup> dice que el dinero es la medida del valor de las cosas; en el caso de Somalia, el pago de una indemnización sería la reparación más oportuna.

¿No sería posible contemplar la crea-

ción de un «fondo de compensación para las víctimas del accionar de las Naciones Unidas durante las operaciones de mantenimiento de la paz?» Dicho fondo se constituiría mediante aportes voluntarios, tal como se hace en otros casos.

Respecto a los daños morales, la indemnización sería inapropiada. También en este caso, una reparación moral sería la más idónea. Nos referimos a una reparación en términos de satisfacción: las Naciones Unidas podrían expresar su pesar o presentar disculpas al pueblo somalí cuyo honor y dignidad resultaron afectados.

## **b Perspectivas para el futuro: humanizar las operaciones de «mantenimiento de la paz»**

Lo cierto es que no podemos esperar respuestas de alcance general en un futuro cercano. Además, en una conferencia internacional nos acercaríamos demasiado a la «espinosa cuestión capital» de la supremacía de las Naciones Unidas y a la concepción de la Carta que tienen algunos. No obstante, existe la necesidad acuciante de redorar la imagen de las Naciones Unidas. Las operaciones de «mantenimiento de la paz» deben llevarse a cabo en defensa de los derechos humanos, a favor de los seres humanos y no contra ellos.

Deseamos enormemente que las Naciones Unidas puedan establecer un programa de acción global en materia de derechos humanos. Dicho plan debería recomendar una serie completa de medidas concretas en aras del triunfo de los derechos humanos y del derecho inter-

12 Decreto Nº 13 del 13 de septiembre de 1928, serie A, Nº 17, pág. 17.

13 Grotius, autor de *De jure belli ac pacis*, es el padre del derecho internacional público

nacional humanitario, y debería incluir el propio quehacer de las Naciones Unidas en esta esfera. En dichas recomendaciones deberían figurar entre otros, los puntos siguientes:

**i Prevenir las violaciones de derechos humanos durante las operaciones de «mantenimiento de la paz».**

Los derechos humanos no se respetaron en Somalia principalmente porque los mecanismos actuales han perdido vigencia. Por ende, habrán de aprobarse instrumentos que prevean la violación de dichos derechos; de hecho, ello contribuirá a que los derechos humanos tengan la primacía respecto a consideraciones de orden político e intereses económicos.

**ii Compensación indispensable.**

Tal como mencionado anteriormente, desearíamos que se estableciera un sistema apropiado de compensación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos durante las operaciones de «mantenimiento de la paz». A tales efectos debería crearse un fondo con aportes voluntarios u otros.

**iii Respeto del derecho internacional humanitario por parte de las fuerzas de «mantenimiento de la paz».**

Al tiempo que ONUSOM, inicialmente, se negaba a autorizar que el Comité Internacional de la Cruz Roja visitara a los prisioneros de guerra partidarios del General Aidid, un oficial de dicha fuerza declaraba a los periodistas: «La ONU no es

un Estado, ni signataria de los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales. Por lo tanto, no tiene el deber de respetar el derecho internacional de los derechos humanos.»

Si bien estos comentarios son chocantes y singulares, no tenemos nada que decir al respecto. Todo el mundo puede equivocarse intencionalmente o no. Simplemente, desearíamos añadir que los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son complementarios y que por lo tanto ambos requieren una intervención apropiada de las Naciones Unidas. En cuyo caso, el funcionamiento del derecho internacional humanitario debe ser reforzado, afirmando (o reafirmando) las responsabilidades de las fuerzas de las Naciones Unidas en lo que se refiere a la protección de las víctimas de la guerra. Por el momento pesa demasiada desconfianza sobre los «casos azules». Las Naciones Unidas ¿no están perdiendo credibilidad?

**Conclusión**

¿Las Naciones Unidas deben elegir entre una y otra? Al respecto hay que descartar toda respuesta tajante y, además, la voluntad de los pueblos debería ser la expresada por los respectivos gobiernos en el seno de las Naciones Unidas. Pero la realidad demuestra que no es así.

En cualquier caso, se han alzado voces para criticar o incluso condenar a las Naciones Unidas. De hecho, es cierto que lo actuado plantea muchos interrogantes respecto a la elección de las intervenciones ¿Por qué Kuwait si y Palestina no? ¿Por qué Somalia y no la ex-Yugoslavia? ¿Por qué las Naciones Unidas retrocedieron ante la amenaza

de unos pocos militares haitianos?

Estos hechos no sorprenden a los observadores de política internacional. Las operaciones llevadas a cabo hasta la fecha han dado frutos a pesar de sus limitaciones. No obstante, las Naciones Unidas son una organización intergubernamental y representa a gobiernos unidos. De facto, la acción de la organización «universal» no es más que el resultado de la voluntad de los gobiernos y no de los pueblos. Los intereses estratégicos, políticos y económicos predominan en todas partes, y el sistema de las Naciones Unidas no es una excepción. Debemos actuar para que los derechos humanos sean prioritarios. Todos aquellos que son víctima de violaciones de sus derechos fundamentales esperan mucho más de las Naciones Unidas. Al igual que en la operación de Somalia - que en el campo humanitario tuvo un éxito parcial

- de ahora en adelante es posible considerar el recurso a la fuerza para brindar asistencia humanitaria, incluso si los factores ocultos siguen siendo «estratégicos».

Indudablemente, estamos muy lejos de aquella organización mundial - las Naciones Unidas - con la que soñábamos a finales de la guerra fría, pero la ONU dispone aún de recursos que le permitirán tomar medidas protectivas y, sobre todo, recobrar la credibilidad actualmente cuestionada.

*Medice cura te ipsum* se suele decir y esta frase expresa muy bien lo que deben hacer las Naciones Unidas en los meses venideros.

# La igualdad : entre la hegemonía y la subsidiariedad

Eric Heinze\*

## Introducción

El derecho a la igualdad - o, para expresarlo con mayor precisión, el derecho contra la discriminación<sup>1</sup> - difiere cualitativamente de otros derechos fundamentales que forman parte del orde-

namiento jurídico internacional<sup>2</sup>. Cuando se trata de otros tipos de derechos, es posible, al menos en teoría, limitar claramente la medida del escrutinio internacional permisible y la medida de la autonomía nacional permitida. La ubicación de esa línea fronteriza depende

\* Jurista, miembro del Colegio de Abogados de Nueva York y de Massachusetts; Abogado Asesor en la firma Irving & Lynch, Nueva York. El autor agradece al Profesor Dr. E.A. Alkema, de la Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit te Leiden, Países Bajos, sus comentarios a la lectura de una versión anterior de este artículo.

- 1 La igualdad no es un concepto único, sino un conjunto de conceptos entre los que se incluyen, por ejemplo, la igualdad en la ley, la igualdad ante la ley, una igual protección de la ley, la no discriminación y la discriminación afirmativa. La relación entre esos conceptos es compleja y objeto de controversia. B.G. Ramcharan establece una distinción entre «igualdad» y «no discriminación». Igualdad significa únicamente «igualdad de tratamiento para los que se encuentran en la misma situación». De hecho, la igualdad de trato para los que no son iguales es, en sí misma, una forma de desigualdad». Por otra parte, las cláusulas de no discriminación, «están encaminadas a aclarar que ciertas categorías conceptuales son inaceptables para fundar una distinción», tales como la raza, la religión, el sexo y otras formas de clasificación del género humano. Los conceptos «igualdad y no discriminación» en *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, pag. 246 a 252 (L. Henkin, ed. 1981) expresan con exactitud «que es lo que debe ser igual y según que criterios». F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme 179* (1989) (*ce qui doit être égal et selon quels critères*). Véase también P. van Dijk y G.J.H. van Hoff, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, (2a ed. 1990); W. McKean, *Equality and Discrimination under International Law*, pag. 1 a 13 (1984); T. Meron, *Human Rights Law-Making in the United Nations: A Critique of Instruments and Processes*, pag. 11 a 17 (1986); M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international de l'homme* (1976). Si bien esas distinciones son de importancia decisiva en relación con los conceptos jurídicos esenciales del derecho a la igualdad, no han de ser examinadas en este trabajo. A los efectos que nos interesan en este contexto, únicamente nos ocuparemos de los conceptos «igualdad» y «discriminación», que pueden emplearse indistintamente para describir estructuras conceptuales idénticas.
- 2 Si bien los instrumentos internacionales (tales como las declaraciones y las convenciones), han dado a los derechos humanos una expresión detallada, no son la única fuente de creación del derecho en materia de derechos humanos. Estos, al igual que otras normas internacionales, tienen su origen, entre otras fuentes, en las convenciones y en la costumbre. La expresión «ordenamiento internacional de derechos humanos», o para decirlo de manera abreviada, «el ordenamiento internacional», se emplea para designar a los derechos humanos derivados de cualquiera de esas fuentes. En lo que respecta a las fuentes del derecho internacional, véase Nguyen Quoc Dinh, P. Dailler y A. Pellet, *Droit international public*, pag. 110 a 112 (4a. ed., 1992) (análisis de la declaración prescriptiva del párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Véase también M. W. Briery, *The Law of Nations*, pag. 55 y 56 (6a. ed., 1961).

considerablemente de la naturaleza del derecho en cuestión. Sin embargo, trazar esa línea en el caso de la igualdad, es en cierto sentido, hacerlo para toda la legislación de derechos humanos. Sus parámetros pueden ser un gran aporte para el conocimiento de los parámetros del derecho internacional en materia de derechos humanos en su conjunto.

¿Podría un derecho a la igualdad expansivo entrañar una ingerencia excesiva en la soberanía nacional? ¿Podría el delicado equilibrio entre «hegemonía» (intervención penetrante) y «subsidiariedad» (respeto de la autonomía nacional) - un equilibrio del que deriva la misma legitimidad del derecho internacional en materia de derechos humanos - inclinarse indebidamente en favor de la primera? Estos temores han impedido a quienes elaboran instrumentos jurídicos internacionales determinar cuál es la medida legítima del derecho a la intimidad<sup>3</sup>.

En el presente artículo se alega que tales temores son infundados. En la primera parte se describe la tensión existente entre la intervención internacional y la autonomía nacional, tal como se refleja en diversos derechos. En la segunda parte se examina la diferencia, respecto a dicha tensión, entre esos derechos y el derecho a la igualdad. En la tercera parte se sostiene que el derecho a la igualdad debe interpretarse en un sentido amplio, en razón de que el equilibrio total entre intervención y

autonomía en el orden internacional no puede ser objeto de amenaza alguna.

## I. Antecedentes

Como otras leyes internacionales, la legitimidad de la legislación en materia de derechos humanos deriva en gran medida del equilibrio que mantiene entre dos impulsos contrapuestos. Por una parte, el de injerencia en la soberanía nacional y por la otra el del respeto a esa soberanía. El derecho internacional en materia de derechos humanos debe mantener constantemente el equilibrio en situaciones que son materia de controversia moral y a menudo embarazosa.

La legislación en materia de derechos humanos propone un «núcleo esencial» de normas que reivindican autoridad universal<sup>4</sup>. Sin embargo, debido precisamente a que esas normas, por lo general, sólo pretenden ser normas mínimas, también reconoce un ámbito privativo de autonomía nacional. Sin embargo, y a veces imperativamente<sup>5</sup>, rechaza la hegemonía. Deniega la injerencia en las cuestiones internas de los Estados, y en cambio sólo actúa (cuando lo hace) en caso de violaciones concretas de determinados derechos.

Aunque establezcan normas mínimas, los derechos humanos instituyen un orden elevado, que no es únicamente un catálogo completo de derechos clásicos, liberales y democráticos, sino que

3 Cf. texto que figura en la nota 42 infra.

4 Véase, p.ej., Nguyen Quoc Dinh y otros, *op. cit.*, supra en nota 2; P.M. Dupuy, *Droit international public*, pág. 154 (1992); L. Kühnhardt, *Die Universalität der Menschenrechte*, págs. 25, 28, 30, 41, 45 y 46 (1987); J. Donnelly, *The Concept of Rights*, págs. 82 y 83 (1985); J. Shestack, *The Jurisprudence of Human Rights, Human Rights and International Law*, págs. 69, 82 y 83. (T. Meron, ed. 1984).

5 Véase texto que figura en la nota 14 infra.

también se refiere a derechos económicos, sociales, culturales y de otra índole. Sin embargo, en sus propios términos, la legislación de derechos humanos se consagra a la diversidad cultural y se opone a la homogeneidad de creencias u opiniones. Se niega a estructurar un orden moral omnicompreensivo<sup>6</sup>. Presupone la existencia del principio de subsidiariedad, es decir, que cada Estado tiene una autoridad ilimitada para determinar su propio destino mediante los medios apropiados.

El fortalecimiento de la Unión Europea ha contribuido a una mayor vigencia del concepto de subsidiariedad, sobre todo, desde que este concepto aparece de manera destacada, en el Tratado de Maastricht (art. 3.B)<sup>7</sup>. No resulta sorprendente que en la legislación de derechos humanos europea puedan encontrarse buenos ejemplos del equilibrio existente entre intervención y autonomía. El Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ha sido redactado de manera explícita como una Carta de derechos de enumeración taxativa. La violación de sus disposiciones específicas puede dar lugar a que los

tribunales adopten decisiones categóricas sobre el derecho interno, políticas o prácticas de los Estados Miembros. Pero las reclamaciones que no están vinculadas a esas disposiciones, no obstante la gravedad de las mismas, se resuelven en el ámbito interno. De manera análoga, y a pesar de que la Carta Internacional de Derechos Humanos<sup>8</sup> y los instrumentos que se inspiran en ella, tienen un carácter menos taxativo, no puede haber ninguna duda de que muchas cuestiones de gran repercusión quedan dentro del ámbito de la competencia del Estado.

El equilibrio entre intervención y autonomía se refleja en varias normas internacionales. Por una parte, toda persona tiene derecho a «ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones...»<sup>9</sup> y por la otra, se reserva en gran medida a la competencia del Estado establecer la organización de los tribunales y el procedimiento.<sup>10</sup> Análogamente, «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad...»<sup>11</sup> Sin embargo, la tipificación de los delitos y la severidad

6 Véase, p. ej., E. Heinze, C. Tomuschat, *International Standards and Cultural Diversity*, en *Bulletin of Human Rights, Special Issue* (1985); L. Henkin, *The Age of Rights*, págs. 2 y 3, 5 a 10, 32 a 39, 157 a 180, 183 a 190 (1990); J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, págs. 63 a 65 y 110 a 114 (1989).

7 Cf. Nguyen Quoc Dinh y otros, *op. cit. supra*, n.2, pág. 574.

8 La Carta Internacional de Derechos Humanos incluye los tres instrumentos que constituyen la piedra angular del derecho contemporáneo en materia de derechos humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, (1948), (en adelante DUDH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (misma resolución) (en adelante PIDCP). Para consultar textos o extractos que se citan en el presente trabajo, véase *Recopilación de instrumentos internacionales*, publicada por el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1988).

9 Art. 10, DUDH.

10 Véase, no obstante, las disposiciones más detalladas del art. 14 del PIDCP

11 Art. 11, DUDH.



de las penas que se aplicarán, son facultades privativas de las autoridades nacionales<sup>12</sup> Estos son dos ejemplos del principio de subsidiariedad tanto en cuanto a la «forma» (procedimiento judicial) como en lo relativo al «fondo» (derecho sustantivo) de la determinación de los derechos en el orden nacional. Tal como en otro ejemplo, «Los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil tienen derecho, a casarse y formar una familia...».<sup>13</sup> Las prescripciones relativas al derecho de familia y al régimen matrimonial dependen de las costumbres locales y varían considerablemente según las diferentes culturas y sistemas.

Los ejemplos mencionados apuntan a un deslinde perceptible entre la medida del examen internacional permisible y la medida de la autonomía nacional permisible. Por cierto, cuando se elaboran distinciones con fines jurídicos, es probable que se susciten controversias en casos «fronterizos». No obstante, caben pocas dudas de que pueden determinarse ciertas delimitaciones razonables, que podrán modificarse en caso necesario.

Si bien el equilibrio entre hegemonía y subsidiariedad es evidente en los ejemplos citados anteriormente, lo es menos en el caso de otros derechos. Los dere-

chos contra la tortura y el genocidio tienen un carácter absoluto. Las normas imperativas (jus cogens) son de aplicación universal y los Estados tienen facultades muy limitadas de reglamentación al respecto.<sup>14</sup> No obstante, esas normas imperativas regulan actividades absolutamente determinadas (y su imposición por cierto no constituye una gran amenaza a la especificidad cultural<sup>15</sup>). En lo que a esto respecta, las disputas surgirán por cierto en casos controvertidos. Sin embargo, el equilibrio general entre injerencia y autonomía permanece, en gran medida, intacto.

Estos ejemplos sugieren que el equilibrio entre intervención y autonomía depende en gran medida de la naturaleza del derecho en cuestión. Situándose en uno de los extremos, como cuando se trata de normas imperativas, debe inclinarse decididamente en favor de las normas internacionales. En el otro, cuando se trata de derechos corrientes, cuyo ejercicio cotidiano no suscita preocupaciones en el ámbito de los derechos humanos, la inclinación será en favor de la autonomía nacional. En los casos tales como los expuestos en los tres ejemplos mencionados anteriormente, que suponen una compleja síntesis de

12 Las garantías establecidas por la legislación en materia de derechos humanos, configuran los márgenes de cada sistema. Por ejemplo, nadie será sometido a penas o tratos «cruels, inhumanos o degradantes», conforme a lo dispuesto en el art. 5 de la DUDH y en el art. 7 del PIDCP; ni sancionado por practicar pacíficamente sus creencias religiosas (cuando éstas no coincidan con la religión dominante), de conformidad con el art. 18 de la DUDH y art. 18 del PIDCP.

13 Art. 16.1, DUDH y art. 23.2, PIDCP

14 Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, Art. 53; Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *op. cit.*, *supra*, nota 2, págs. 200-01, 631-32; Donnelly, *Universal Human Rights*, *op. cit.*, *supra*, n. 6, at 12-13. La comunidad internacional está a veces mal preparada para prevenir o juzgar violaciones de tales normas. Esta incapacidad, si bien es importante y necesita ser corregida, no impide la aplicación normativa de los derechos en cuestión. Véase Heinze, *op. cit.*, *supra*, nota 6.

15 La condena internacional a las violaciones atroces de derechos humanos, raramente se puede contrarrestar de manera eficaz apelando al «relativismo cultural». Véase Heinze, *op. cit.*, *supra*, nota 6.

derechos fundamentales y leyes y procedimientos nacionales, puede lograrse un equilibrio más estable.<sup>16</sup>

## II. Un derecho cualitativamente diferente

Sin embargo, el derecho a la igualdad no encuentra tan fácilmente un lugar en esta escala. Determinar el equilibrio adecuado entre injerencia y autonomía con respecto a este derecho no exige solamente reflexionar sobre la naturaleza y la importancia de la igualdad propiamente dicha, sino una reflexión sobre la verdadera naturaleza de la legislación en materia de derechos humanos, habida cuenta de la tensión existente entre intervención y autonomía que acaba de describirse.

Por definición, el derecho a no sufrir discriminación no puede tener una existencia «independiente». Tiene sentido

únicamente en combinación con otros derechos. Es «correlativo» más bien que «sustantivo».<sup>17</sup> Tiene sentido solamente como derecho contra la discriminación para el goce de la libertad de expresión, del derecho de asociación, del derecho a un juicio justo y así sucesivamente. No existe un derecho contra la discriminación en sectores no regulados por derechos y obligaciones. El fabricante de pasteles de manzana congelados puede «discriminar» legalmente las manzanas del agricultor Smith en favor de las manzanas del agricultor Johnson.<sup>18</sup> Cualquiera puede preferir cabellos y ojos castaños en vez de cabellos rubios y ojos celestes.<sup>19</sup> De gustibus et coloribus non disputandum est.<sup>20</sup> Como señala Bossuyt, «aún un trato discriminatorio, por un motivo que en general se condena (como la raza), no puede prohibirse legalmente si ese trato no se refiere a un derecho reconocido».<sup>21</sup> ¿Pero es el dere-

16 Cf. a la noción de la continuidad de consenso que regula el principio de universalidad de los derechos humanos expuesta por Henry Steiner en *Political Participation as a Human Right* Harvard Human Rights Yearbook, Spring 1988, págs. 79 a 85. Cf. también Heinze, *op. cit.*, *supra*, nota 6.

17 Véase Bossuyt, *op. cit.*, *supra*, nota 1, págs. 68, 69, 133 y 134. Pero compárese la expresión «derecho independiente», utilizada por Ramcharam, *op. cit.*, *supra*, nota 1, págs. 253 y 254.

18 Un ejemplo de esta índole es deliberadamente trivial, y en especial evita voluntariamente hacer alusión a un agente del Estado. Es precisamente en la zona gris comprendida entre las situaciones obviamente extremas expuestas en este párrafo donde se suscitan los interrogantes. Pero debe notarse que el problema de la discriminación entre particulares, sin que medie la acción del Estado, y de esa manera la aplicabilidad de derechos fundamentales (*Drittwirkung*) a terceros, es pertinente con respecto a las cuestiones que se plantean aquí, debido a que se refiere a sectores de discriminación potencial no regulados por normas internacionales. Véase Ramcharam, *op. cit.*, *supra*, nota 1, págs. 261 a 263; E.A. Alkema, «The Third-Party Applicability or «Drittwirkung» del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, en F. Matscher y H. Petzold, ed., *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Cologne: Carl Heymanns, 1990, págs. 33 y 45; A. Drzemczewski, «La convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers», en *Cahiers de droit européen*, N° 1, págs. 3 a 24, 1980.

19 Bossuyt, *op. cit.*, *supra*, nota 1, págs. 73 a 75. Cf. Ramcharam, *op. cit.*, *supra*, nota 1, pág. 262.

20 Cf. Bossuyt, *op. cit.*, *supra*, nota 1, pág. 75.

21 *Op. cit.*, *supra*, nota 1, pág. 74. «incluso el trato discriminatorio por una causa que generalmente se condena (tales como la discriminación por motivos raciales) no pueden proscribirse legalmente si ese trato no se relaciona con un derecho reconocido». EH)

cho a la igualdad correlativo solamente respecto de otros derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento internacional, o es correlativo a todos los derechos en una determinada jurisdicción interna?

Consideremos la hipótesis de que la legislación de derechos humanos no impone a los Estados ninguna obligación de suministrar un servicio determinado. Si pese a ello, un Estado suministra ese servicio, pero de manera discriminatoria (el *apartheid* proporciona ejemplos claros, la discriminación por razones de sexo ejemplos más controvertidos<sup>22</sup>). ¿Se violan en ese caso las normas internacionales de derechos humanos? Supóngase que un Estado presta igualmente a todos los ciudadanos, los servicios de salud mínimos previstos por la legislación de derechos humanos. No obstante, a los funcionarios gubernamentales les preocupa la disminución del crecimiento de la población y la delincuencia juvenil. En un esfuerzo

tácito para alentar a las mujeres a permanecer en sus hogares y a la procreación «voluntaria», el gobierno suministra a las mujeres casadas dos servicios adicionales, a las mujeres casadas y embarazadas, cuatro servicios adicionales; a las mujeres casadas y con hijos, seis servicios adicionales; y un número mayor de opciones que dependen del número de hijos que tengan. Así pues, contravienen la finalidad de la ley, aunque evitan, por un escaso margen, cometer infracciones materiales al CEDAW<sup>23</sup>. Este es un caso de discriminación odiosa (contra las mujeres solteras), pero que no se produce en el sector sustantivo regulado por las normas de derechos humanos. ¿Es no obstante esta discriminación en sí misma una violación de los derechos humanos? Si la respuesta es negativa, paradójicamente, el derecho a la no discriminación podría aplicarse de manera discriminatoria. (Ramcharan señala de paso que en los debates de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Pactos Internacionales de derechos

22 Ramcharan, al analizar el PIDCP, aduce que una ley que establece una edad razonable para casarse no es una infracción a lo dispuesto en el párrafo 2 del art. 23. Pero fijar una edad distinta (aunque razonable) respecto a personas de una cierta raza o religión, contravendría las disposiciones del párrafo 1 del art. 2 (y probablemente el art. 26) incluso si no infrinje las disposiciones del art. 23.

*Op. cit., supra*, nota 1, pág. 256. Es bastante acertado. Sin embargo este ejemplo puede ser demasiado simple. ¿Qué sucedería si se fija una «edad diferente» para las mujeres (aunque razonable), como de hecho ha sido en la ley y en la práctica de una gran parte del mundo? El argumento general del ensayo de Ramcharan sugiere, de manera convincente que, salvo que exista una justificación razonable (criterio que en sí mismo es potencialmente ambivalente) también sería violatorio de las normas de no discriminación. Cf. *infra*, texto que figura en la nota 42. Cf. también a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, (1979), apartado a) del párrafo 1 del art. 16 (en adelante CEDAW). Sin embargo, esta afirmación podría llegar a ser, como mínimo, un motivo de controversia y sería difícil aplicar cambios efectivos.

23 *Op. cit., supra*, nota 22. Formalmente, el CEDAW sólo tiene carácter obligatorio respecto de los Estados firmantes. Sin embargo, en la medida de que simplemente es aclaratorio de normas convencionales o consuetudinarias previas, relativas a la discriminación por razones de sexo (codificadas, por ejemplo, en la DUDH y en la Carta de las Naciones Unidas), puede bien servir como una declaración confirmatoria de dichas normas. En todo caso, a efectos de la situación hipotética expuesta en este punto, se puede suponer que el país en cuestión es parte del CEDAW.

humanos<sup>24</sup> «la aplicación de los principios (de no discriminación) en materia de derechos económicos sociales y culturales fue resistida fuertemente». Así pues, incluso la correlación entre la no discriminación y ciertos derechos fundamentales del ordenamiento internacional es materia de controversia. Esto significaría una concesión considerable, y tal vez excesiva al principio de subsidiariedad. La hipocresía en este caso parece ineludible.

Si esto es así, entonces paradójicamente ¿un país que suministra servicios a por lo menos una parte de su población, viola la legislación de derechos humanos, mientras que un país que no suministra servicios para nadie, no comete esta violación.? El régimen de derechos humanos podría parecer efectivamente hegemónico (o arrogante o imperialista) si puede llegar tan lejos en la legislación interna de cada país como para procurar concebir cambios en los programas internos de carácter social no ligados de manera sustantiva a ninguna de las exigencias de las normas de derechos humanos (sin mencionar que tal intervención se enfrentaría a una visión acerca de las funciones del hombre y la mujer en la sociedad, que en sí misma puede tener un carácter específico y sensible desde el punto de vista cultural, pero esto es materia de otra cuestión).

El activista probado y auténtico en derechos humanos podría encontrar esta cuestión académica. La práctica cotidiana lleva a descubrir abusos tan atroces, de los derechos humanos fundamentales, que a menudo podría resultar superfluo investigar más allá de esos

límites para encontrar pruebas adicionales de violaciones. En especial, cuando tiene lugar una discriminación, muchas veces afecta a los derechos humanos tan claramente, que resulta innecesario exigir pruebas de otras formas de discriminación.

Sin embargo, esta cuestión puede difícilmente evitarse. De una forma o de otra, debe darse respuesta a las reclamaciones efectivas de que existe discriminación respecto de derechos no fundamentales.<sup>25</sup> Esto es aún más cierto en la medida que puede indicar la existencia de tensiones sociales, latentes pero no menos perjudiciales, y arraigadas en múltiples sectores. Además, el éxito de las iniciativas encaminadas a probar que los gobiernos infringen los derechos humanos y las descripciones de las violaciones que se denuncian, pueden depender de si se reconocerán todas las formas de discriminación, incluidas las relativas a derechos no fundamentales; o si en cambio, debe suponerse que algunas formas de discriminación, simplemente, no tienen importancia alguna.

### III. Los instrumentos internacionales

En un nivel reconocidamente teórico, pero no obstante esencial en lo relativo a la condición jurídica de la normatividad y jurisprudencia en materia de derechos humanos, resolver esta cuestión aportará en este ámbito importantes clarificaciones acerca del completo equilibrio entre injerencia legítima y autonomía nacional y entre hegemonía y subsidiariedad.

24 *Op. cit.*, *supra*, nota 1, pág. 251.

25 Es decir, derechos no incluidos en el ordenamiento internacional como derechos fundamentales. Cf. *supra*, nota 2.

El Convenio Europeo, limita explícitamente la aplicación del artículo 14, que trata del derecho a la no discriminación, al ejercicio de otros derechos enumerados en dicho convenio.<sup>26</sup> Además, la Corte puede desestimar o negarse a tratar la cuestión de la discriminación<sup>27</sup> si el caso puede ser resuelto en base al reclamo por otros derechos.

Sin embargo, y de tres maneras diferentes, este derecho a la no discriminación es más amplio de lo que parece en un principio. En primer lugar, conforme al requisito del vínculo sólo se considerará la discriminación con respecto a otro derecho enumerado en la Convención. No se requiere que haya habido violación de ese otro derecho.<sup>28</sup> En el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*,<sup>29</sup> la Corte Europea no constató ninguna violación al derecho a la vida privada, pero efectivamente constató que habían sido objeto de discriminación en cuanto al goce de ese derecho (o, para decirlo en otras palabras, la violación del derecho a la vida privada consiste únicamente en la discriminación de su goce). Esto puede denominarse principio del «vínculo». En segundo lugar -y este es otro aspecto del principio del vínculo- un Estado tiene la posibilidad de no adoptar una determinada medida a fin de hacer efectivo un

derecho de la Convención; sin embargo, una vez adoptada dicha medida, debe aplicarla sin discriminación.<sup>30</sup> Así pues, irónicamente, un Estado que otorga un derecho, un privilegio o suministra un servicio no exigido por la Convención, de manera discriminatoria, puede estar en situación de violación, mientras que un Estado que no otorga ese derecho, privilegio ni suministra el servicio en absoluto, puede no estar en esa situación. Este aspecto del principio del vínculo se estableció en el caso «Lingüístico belga» y se vio confirmado en el caso *Abdulaziz*, en el que, precisamente, se constató este tipo de discriminación y por ende violación al principio del vínculo en sus dos aspectos.<sup>31</sup> En tercer lugar, aunque el artículo 14 enumera explícitamente varias categorías no discriminatorias, tales como la raza, el sexo, el idioma y la religión, la cláusula de «otras categorías» no es letra muerta, y no es necesario modificar la Convención para hacerlo efectivo. La Corte lo invocará para condenar toda forma de discriminación que juzque odiosa, incluso si están en discusión usos locales muy característicos. Así, en el caso *Marckx*, la Corte declaró que el trato discriminatorio dispensado a las madres solteras,<sup>32</sup> en *Inze v. Austria* a los niños nacidos fuera del

26 P. ej. *Van Dijk & Van Hoof*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, págs. 532-33. Cf. *Bossuyt*, *op. cit.*, *supra*, nota 2, págs. 532-33.

27 Caso *Dudgeon*, sentencia del 22 de octubre de 1981, Serie A, núm. 45, pág. 26; *X and X v. the Netherlands*, sentencia del 26 de marzo de 1985, Serie A, núm. 91, pág. 14.

28 Cf. *Van Dijk y van Hoof* *op. cit.*, *supra*, nota 26, págs. 534 y 535.

29 Sentencia del 28 de mayo de 1985, Serie A, núm. 94

30 *Van Dijk y van Hoof*, *op. cit.*, *supra*, nota 26, págs. 534, 535 y 547.

31 La Corte Europea ha llegado a conclusiones similares en lo referente al otorgamiento de un permiso de residencia a un extranjero que cohabita con un residente legal. En consecuencia, no sólo es un complemento del enfoque amplio del art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, sino que sugiere también la posibilidad de ensanchar la norma de no discriminación más allá de los límites del Convenio.

32 Sentencia del 13 de junio de 1979, Serie A, núm. 31.

matrimonio<sup>33</sup> y en Darbe a las personas no registradas en calidad de residentes,<sup>34</sup> eran incompatibles con el Convenio, a pesar de no encontrarse en dichas categorías algún elemento parecido a los de las categorías enumeradas en el artículo 14, o en los travaux préparatoires del mismo. Ello puede denominarse el principio de las «otras categorías».

Aunque este principio no tiene relación directa sobre la aplicabilidad de la norma de no discriminación a un ámbito que exceda el de los derechos enumerados en el Convenio Europeo, sugiere el rechazo de una indebida interpretación literal («positivista») de la norma de no discriminación y favorece así una mayor igualdad sustantiva.

Si estas posibilidades de extensión ya se han convertido en jurisprudencia establecida de una norma de no discriminación, tan restrictiva en su concepción original,<sup>35</sup> dicha norma, cuya aplicación no está asociada a ningún otro requisito parecería aún más amplia, con más posibilidades de aplicación general en el derecho interno, superando los límites de los derechos humanos sustan-

tivos enumerados en todos los instrumentos internacionales básicos.

Si por ejemplo, el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos parece limitar el derecho a la no discriminación a «los derechos y libertades proclamados en esta Declaración»,<sup>36</sup> en el artículo 7 se garantiza que «todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley». El PIDCP y otros instrumentos internacionales contienen disposiciones similares. Probablemente, estas disposiciones convencionales son en sí mismas, una reiteración de una norma internacional consuetudinaria, tal vez imperativa, de no discriminación.<sup>37</sup> La forma empleada en la redacción da a entender que no solamente las normas en una determinada jurisdicción deben ser aplicadas a todos por igual - y podría afirmarse que se trata, evidentemente, de una tautología - lo que es inherente a todo Estado de Derecho, a cualquier sistema regido por el imperio del derecho<sup>38</sup> - pero también que las normas sustantivas no pueden favorecer de manera odiosa a una clase de gente en desmedro de otra.<sup>39</sup> Análogamente, han transcurrido

33 Sentencia del 28 de octubre de 1987, Serie A. núm. 126.

34 Sentencia del 23 de octubre de 1990, Serie A, núm. 187.

35 En realidad existe una cuarta posibilidad. En el caso *East African Asians v. United Kingdom*, la Comisión constató que la discriminación racial era violatoria de la prohibición de someter a una persona a penas inhumanas o degradantes instituida en el art. 3 -independiente de lo establecido en el art. 14, y en consecuencia no obligada por el requisito de vincular ambas disposiciones. *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 928 (1970). Sin embargo, el régimen de este enfoque en tanto que principio de jurisprudencia, todavía no ha sido establecido claramente.

36 Cf. Bossuyt, *op. cit.*, *supra*, nota 1, págs. 67 y 68.

37 Ramcharam, *op. cit.*, *supra*, nota 1, págs. 249, 250 y 269. La historia de la condena internacional unánime del *apartheid* y de otras formas de discriminación, especialmente del racismo, confirma esta opinión.

38 Véase Bossuyt, *op. cit.*, *supra*, nota 1, págs. 76 y 77.

39 Véase Ramcharam, *op. cit.*, *supra*, nota 1, págs. 253 a 259; Bossuyt, *op. cit.*, *supra*, nota 1, págs. 83 a 95. No es claro si Sudra tiene en cuenta esas disposiciones cuando afirma que «lo que se proclama es la igualdad ante el texto del Convenio y no ante el Derecho en general...» *Droit International et européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, *supra*, nota 1, pág. 180.

casi veinte años desde que Bossuyt alegara convincentemente que la aparente exclusión del principio de las «otras categorías» en la Carta de las Naciones Unidas, no guarda relación con las cláusulas expresamente expansivas de no discriminación de los instrumentos internacionales subsiguientes, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>40</sup>

¿Debe entonces el principio de subsidiariedad plegarse completamente ante el derecho a la igualdad? En caso afirmativo, ¿es el derecho a la igualdad - en todas sus aplicaciones concebibles- parte del *jus cogens*? (cabe señalar nuevamente que puede ser una proposición no controvertida como la relativa al caso del apartheid, pero quizás lo sea más en otros casos).

Tal puede ser la finalidad del artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de las disposiciones conexas del ordenamiento internacional. Como mínimo, esa interpretación mantendría la plena integridad de la norma de no discriminación y evitaría

una aplicación teñida de hipocresía. Con ese espíritu Ramcharan critica la interpretación restrictiva del artículo 26 del PIDCP.<sup>41</sup>

«Tomuschat sugiere que el artículo 26 se limita a establecer el derecho a una «igual protección en la aplicación de la ley». No creo que el argumento esgrimido para llegar a esa conclusión sea convincente. Admite que hay ambigüedad en la intención de los autores del Pacto. Esto debería haberlo conducido a atenerse al sentido literal de la expresión. En cambio, Tomuschat se empeña en sugerir que cuando en el Pacto se expresa «igual protección de la ley, debe leerse «igual protección en la aplicación de la ley». Una conclusión semejante sólo puede justificarse si existieran pruebas irrefutables de que ésa fue la intención de los redactores. Sin lugar a dudas, esas pruebas, como lo reconoce Tomuschat, no existen».<sup>42</sup>

Es más importante, sin embargo, la

40 *Op. cit.*, *supra*, nota 1, págs. 41 a 56. Cf. texto que figura en las notas 32 y 34.

41 El art. 26 del PIDCP establece 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.»

42 *Op. cit.*, *supra*, nota 1, 255. n.27. En nueva crítica, Ramcharan añade:

«Es...en cierto modo irreal y nada convincente sugerir, como lo hace Tomuschat... que el Pacto «carece de una garantía amplia de no discriminación en el sentido de igualdad «de» o «en» la ley». Tomuschat tiene escasamente en cuenta el contexto en el que se redactó el Pacto. La Carta de las Naciones Unidas ya había reconocido al principio de no discriminación como la columna vertebral del nuevo orden internacional. Esto fue reconocido por la Comisión de Derecho Internacional durante la preparación del proyecto de Declaración sobre los Derechos y Deberes de los Estados. La Declaración Universal de Derechos Humanos consolidó el principio de no discriminación. Cuando se tiene presente este contexto, es difícil sostener que el Pacto carece de una garantía amplia de no discriminación».

cuestión de si una concesión semejante al principio de la «hegemonía» altera el equilibrio total entre injerencia y autonomía. Para decirlo nuevamente: reconocamos que un derecho a la no discriminación expansivo garantizaría la supervisión internacional de la panoplia de derechos comunes, que se ejercitan cotidianamente y forman el derecho interno, más allá del «mínimo esencial» de derechos fundamentales que constituyen el ordenamiento internacional.

Sin embargo, esto no es necesariamente negativo. No amenaza alterar completa o ni siquiera gravemente el equilibrio general entre intervención y autonomía. Incluso si el derecho internacional tuviera que adoptar esta interpretación jurisprudencial amplia del derecho a la igualdad, la injerencia en los derechos internos que se ejercitan cotidianamente se limitaría al criterio de discriminación, un criterio que en el mundo actual, difícilmente podría considerarse como algo inesperado o inexplicable. Se reservaría a los Estados las libertades esenciales necesarias para decidir sus políticas. En el hipotético caso ya mencionado, esta resolución permitiría a un Estado promover una variedad de políticas para alentar el crecimiento de la población y la buena orientación de la niñez, a condición de hacerlo de manera no discriminatoria. En líneas generales, los Estados conservarían una amplia libertad para aplicar diferentes políticas, planes, proyectos y mantener su unicidad cultural.

## Conclusión

Como en el resto del derecho internacional, su legitimidad en materia de derechos humanos depende considerablemente de su capacidad para mantener el equilibrio entre, por una parte, la intervención en los asuntos internos de los Estados y por la otra, el respeto a la autonomía soberana de los mismos sobre tales asuntos. Este equilibrio se mantiene sustancialmente en el ordenamiento internacional de los derechos humanos y se refleja en un cierto número de derechos. Sin embargo, se enfrenta con el derecho a la igualdad. Si la relación entre este derecho y otros derechos en el ordenamiento internacional es indiscutible, su aplicabilidad a derechos que no pertenecen a ese ordenamiento - derechos comunes, que se ejercitan cotidianamente - no se ha establecido de manera concluyente. Un enfoque amplio de dicha aplicabilidad tendría por consecuencia someter sectores enteros del derecho interno al escrutinio internacional, y posiblemente alteraría el equilibrio entre injerencia y autonomía. No obstante, no se destruiría de ninguna manera el equilibrio ni se vería afectado de manera significativa. El requisito de vigilancia sería de un tipo específico y limitado, y no obstaculizaría las prerrogativas esenciales de los Estados para alcanzar sus propios destinos.

---

Id. en 258 n. 38. Resulta de interés mencionar que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas estimó por medio de una serie de decisiones que los Países Bajos fueran compelidos en virtud del Artículo 26 del PIDCP a respetar la norma de discriminación en la distribución de ciertos beneficios sociales, los cuales por sí mismos, no están contemplados en el PIDCP. Lo cual sugiere una analogía con la segunda sección del CEDH del principio del «vínculo.».



### 50º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El 50º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas tuvo lugar en Ginebra, Suiza, del 31 de enero al 11 de marzo de 1994. En los discursos de apertura y los comentarios preliminares se destaca el hecho de que se trata de la primera reunión después de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, de la que dimanara una Declaración y Plan de Acción. La Comisión debe tenerlos presente, propiciar la puesta en práctica de dicho plan y la consecución de las metas establecidas por la Conferencia.

El bombardeo de la plaza del mercado de Sarajevo y la masacre de Hebrón, perpetradas durante la segunda y la cuarta semana del período de sesiones, dieron lugar a protestas por parte de la Comisión y a un mensaje del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el primero.

Ser «la voz de la conciencia moral de la humanidad», es la esencia del puesto de Alto Comisionado para los Derechos Humanos, considera el titular del cargo, Sr. José Ayala Lasso, ex Ministro de Relaciones Exteriores de Ecuador, en la alocución que pronunció el 3 de marzo ante la Comisión. El Alto Comisionado afirma que respetará rigurosamente los límites de su mandato y las directrices políticas establecidas por la Asamblea General; será imparcial y no actuará

fundándose en consideraciones de orden político inapropiadas. Haciéndose eco del lema de la Conferencia de Viena, promete fomentar la democracia, el desarrollo y los derechos humanos, atendiendo particularmente al derecho al desarrollo. Los tres conceptos del lema engloban la seguridad internacional.

La Resolución 1994/64, aprobada tras tres semanas de negociaciones, en la que se exhorta al Relator Especial sobre racismo a «que examine, de conformidad con su mandato, cualquier forma de discriminación contra negros, árabes y musulmanes, xenofobia, negrofobia, antisemitismo y otros tipos análogos de intolerancia», se considera un hito en la historia de la Comisión que por primera vez alude al antisemitismo.

Tal vez la cuestión más relevante tratada en los debates de la Comisión haya sido la impunidad - abordada en los informes y alocuciones de relatores, representantes especiales y ONGs - respecto a una variedad de temas, entre ellos la tortura, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, las milicias de defensa civil y los derechos del niño.

Por último, en términos generales, de los debates sobre determinados puntos, sobre todo los relativos al derecho al desarrollo y a los derechos socioeconómicos, resulta bastante evidente que

están surgiendo distorsiones en el tan mentado «consenso de Viena». La Resolución 1994/21, en la que se subraya que el derecho al desarrollo es universal e inalienable, no obtiene el consenso general, aprobándose por 42 votos a favor, 3 en contra y 8 abstenciones, e incluso algunos Estados que votan a favor, lo hacen con reservas.

### **Situación mundial de los derechos humanos**

Este título abarca una serie de procedimientos y a determinados países se les reserva un punto concreto del programa, como en el caso de los territorios árabes ocupados por Israel y de Sudáfrica.

### **Procedimiento confidencial 1503**

La Comisión trató *in camera* la situación en nueve Estados, a saber: Armenia, Azerbaiyán, Chad, Ruanda, Estonia, Kuwait, Somalia, Vietnam y Alemania. Respecto a los últimos cinco se decide suspender los procedimientos.

### **Servicios de asesoramiento**

#### **Camboya**

Habiendo visitado el país, el Juez Michael D. Kirby, Representante Especial del Secretario General de la ONU (y a su vez presidente del Comité Ejecutivo de la CIJ) declara que la tarea de Camboya es reconstruir las instituciones de la sociedad civil. La resistencia armada contra el gobierno electo ha generado un estado de ilegalidad. La Comisión tomó conocimiento con interés del informe del Juez Kirby y renovó su mandato.

### **Guatemala**

A partir del informe de la experta independiente, la Comisión exhorta al gobierno a tomar las medidas jurídicas y políticas que hagan falta para garantizar la independencia judicial; investigar y someter a la justicia a los autores de violaciones de los derechos humanos; abolir el sistema de milicias civiles armadas y a consolidar las políticas y programas relativos a las poblaciones indígenas. Los servicios de asesoramiento proseguirán.

### **Somalia**

En el informe del experto independiente se lee: «A efectos de la aplicación de cualquier programa de derechos humanos sigue siendo fundamental la situación en Mogadishu. De ahí que sin una estructura administrativa central, no será posible asentar los cimientos de un programa permanente de derechos humanos para Somalia.» (E/CN.4/1994/77 Add. 1, párrafo 22).

La cuestión de la violación de derechos por parte de las fuerzas de UNOSOM, a la que no alude la resolución de la Comisión relativa a Somalia, en el informe se califica de problema que incumbe al Secretario General de las Naciones Unidas.

La Comisión solicita que se prorrogue el mandato del experto para que «ayude al Representante Especial del Secretario General para Somalia, preparando un programa a largo plazo de servicios de asesoramiento para restablecer los derechos humanos y el Estado de Derecho».

En este mismo punto, la Comisión decide prorrogar el mandato del experto independiente para El Salvador a fin de

que se brinde servicios de asesoramiento e informe a la Comisión sobre la evolución de los derechos humanos en dicho Estado.

La situación en Angola se incluye en los puntos a tratar en el 51º período de sesiones.

### **Territorios árabes ocupados, incluida Palestina**

La Comisión aborda este tema en el punto IV del programa, que se refiere concretamente al mismo y en el punto IX relativo al derecho de los pueblos a la libre determinación y su aplicación a los pueblos sometidos a una dominación colonial o ocupación extranjera.

La Comisión reafirma, con el voto en contra de Estados Unidos y una abstención, que la instalación de civiles israelíes en los territorios ocupados es ilegal y constituye una violación de las disposiciones del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Respecto a las Alturas del Golán sirio ocupado, se aprueba una resolución similar con 25 abstenciones y el voto en contra de los Estados Unidos (Res. 1994/1 y 2). La Res. 3 relativa a la negación del derecho a la libre determinación en los territorios ocupados traduce la opinión expresada en el debate, es decir, que a pesar del acuerdo de paz entre Israel y la OLP, el primero sigue violando los derechos humanos. La Comisión acoge con satisfacción el proceso de paz y en la Res. 1994/4 considera que la participación activa de la ONU contribuiría a aplicar la Declaración de Principios del 13 de diciembre de 1993. Irán y Siria votan en contra; Libia y Sudán se abstienen.

En una intervención oral el representante de la CIJ reiteró las conclusiones de la misión llevada a cabo en diciembre de 1993, en lo que atañe al sistema judicial civil bajo ocupación militar israelí. Misión en la que se constató interferencia militar en los tribunales del fuero común y coacciones contra el ejercicio de la profesión de abogado y el acceso a la justicia.

### **Sudáfrica**

Los puntos V y VI del programa se refieren respectivamente, a las violaciones de derechos humanos en Sudáfrica y a las consecuencias adversas para los mismos a raíz de la asistencia brindada al régimen de Sudáfrica. No obstante, los debates en torno al punto VI se centran en la cuestión de la vigilancia de la transición a la democracia, asunto que también se menciona en la Res. 1994/8.

En el informe del Grupo de Trabajo sobre Africa Meridional se destaca la escalada de violencia y los innumerables casos de muerte durante la custodia policial y se recomienda que se tomen medidas categóricas para garantizar la seguridad sin discriminación, la instauración de una verdadera independencia judicial y la abolición de los «bantustans».

Por otra parte, el informe de la Sra. Judith Sefi Attah, Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, aborda la igualdad en la participación política, el problema de la violencia, el fondo de apoyo para la creación de una fuerza nacional de mantenimiento de la paz, multipartidista y el papel de la comunidad internacional en la transición hacia la democracia. En la

resolución citada, la Comisión hace suyas las diez recomendaciones de la Relatora y hace un llamamiento a la comunidad internacional y a la ONU, para que suministren apoyo técnico y material a la fuerza de mantenimiento de la paz propuesta y a las elecciones del 27 de abril de 1994, apoyo que hará falta tanto antes como después de los comicios.

En una intervención oral el representante de la CIJ señala que, habida cuenta de la amenaza real de intimidación y violencia que suponen los grupos de derechas con poderío militar, habría que estudiar detenidamente la recomendación de crear una fuerza internacional de reserva para el mantenimiento de la paz y ponerla a disposición de la Comisión Electoral Sudafricana Independiente.

### **Informes de países - Serias violaciones de los derechos humanos, tratadas en sesiones públicas**

#### **Cuba**

El Relator Especial de la ONU informa que el gobierno sigue negándose a cooperar con él de una u otra manera; el representante cubano ante la Comisión confirma que su Estado no piensa hacerlo nunca. La Comisión prorroga el mandato del Relator Especial, pidiéndole que presente un informe provisional en el 49º período de sesiones de la Asamblea General de la ONU, en 1994.

#### **China**

Por una moción de «no proceder» adoptada y con 20 votos a favor, 16 en contra y 17 abstenciones, se rechaza la resolución propuesta por los Estados

Unidos, el Reino Unido y la mayoría de los Estados de Europa Occidental, en la que se expresaba preocupación acerca de los informes incesantes sobre violaciones de los derechos humanos en China.

#### **Haití**

La Comisión condena la interrupción del proceso democrático en 1991 y el derrocamiento del Presidente Jean-Bertrand Aristide que lo había iniciado. Se prorroga por un año el mandato del Relator Especial, a quien se pide visitar Haití a la mayor brevedad.

#### **República Islámica del Irán**

El informe del Representante Especial de la Comisión detalla las violaciones en lo que respecta a los principales derechos civiles y políticos; subraya las cuestiones de libertad de cultos y del derecho a la propiedad en lo que atañe a la comunidad Bahaí y describe la situación de los Curdos y los Naraoui, el problema de los refugiados y el bombardeo de la base de Ashraf del denominado «Ejército de Liberación Nacional de Irán». La justificación iraní del bombardeo se funda en la Carta de las Naciones Unidas y el principio de legítima defensa y protección de los ciudadanos en las zonas fronterizas. En el informe también se habla de la situación de la mujer, los problemas de tráfico y consumo de drogas y la aplicación de la pena de muerte en relación a los mismos, y de la persecución de parientes de ciudadanos iraníes que viven en el extranjero. En la consiguiente resolución se solicita al Representante Especial que presente un informe provisional a la Asamblea General en el 49º período de sesiones.

## **Iraq**

El tema repetido una y otra vez en el que pone marcado énfasis el Relator Especial es «el sufrimiento actual en Iraq» debido a que el gobierno se niega a aceptar las resoluciones 706 y 712 (1991) del Consejo de Seguridad, ofreciendo una venta de «víveres por petróleo», supervisada por las Naciones Unidas y en beneficio de la población. En el informe se detalla la situación en materia de derechos civiles y políticos y al abordar la cuestión del derecho de propiedad cita un estudio de la CIJ que lleva por título *Iraq and the Rule of Law* (Febrero de 1994). Asimismo, se describe minuciosamente la situación de la mujer, de los niños y de las violaciones que afectan a los curdos y otras minorías. Se señala que los métodos extremadamente abusivos desplegados por el Estado son técnicas para «aterrorizar a la población, poniendo de relieve la impotencia de toda resistencia». Iráq seguirá ocupando el mismo punto del programa.

## **Sudán**

En el informe acerca de este Estado, en el que se denuncian violaciones de derechos humanos, prácticas esclavistas y secuestros sistemáticos de niños, se hace hincapié en que el propósito del mismo es cotejar la situación en materia de derechos humanos, con las obligaciones internacionales que Sudán se ha comprometido a cumplir. Al respecto, se declara que las disposiciones del Código Penal violan los dos Pactos y la Convención sobre los Derechos del Niño. Por otra parte, el Sr. Gaspar Biro (Hungria), Relator Especial, estima necesario añadir que el hecho de que la fuente de dicho Código sea el derecho islámico, no supone diferencia alguna.

Observación que sumada al informe, suscita la vehemencia del representante sudanés que despotrica durante una hora, alegando blasfemia por parte del Relator Especial. En la Resolución 1994/79, aprobada sin voto, se expresa preocupación por el gran número de desplazados internos y el acceso restringido de los mismos a la ayuda humanitaria. Se piden explicaciones acerca de los ataques aéreos contra la población civil y se insta a todas las partes en las hostilidades a que redoblen esfuerzos por negociar una solución equitativa del conflicto civil.

En una declaración al respecto, el Presidente de la Comisión condena los insultos a los relatores especiales de la ONU, estimando que se dirigen a la propia Comisión.

## **Afganistán**

La Comisión exhorta a todas las partes en el conflicto a que emprendan todos los esfuerzos posibles, con los auspicios de las Naciones Unidas cuando sea pertinente, por lograr una solución política global, única forma de alcanzar la paz y el pleno restablecimiento de los derechos humanos en el país. La situación de Afganistán se seguirá examinando bajo el mismo punto del programa como «cuestión de alta prioridad».

## **Myanmar (Birmania)**

La Comisión constata con especial preocupación que no ha habido progreso alguno en cuanto a entregar el poder a un gobierno libremente electo y lamenta que varios dirigentes políticos sigan detenidos. Pide al gobierno que facilite lo antes posible el retorno de los refugiados y su plena reintegración, así como

que se aplique plenamente el Memorando de Entendimiento firmado con el ACNUR en lo que respecta a los refugiados en Bangladesh.

### **Ex Yugoslavia**

En una resolución de carácter general, 1994/72, la Comisión hace constar su preocupación y costernación por lo que ocurre en Bosnia-Herzegovina, Croacia, Serbia y Montenegro, confesándose particularmente escandalizada por la odiosa práctica de la «limpieza étnica» en zonas controlados por las autoproclamadas autoridades serbias. La Comisión acoge con satisfacción la creación de un Tribunal Internacional para juzgar las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia. Asimismo, recomienda «que se prevea un componente de derechos humanos en todos los acuerdos negociados internacionalmente sobre Bosnia-Herzegovina». Se aprueban dos resoluciones más relativas a Bosnia-Herzegovina y a Kosovo, condenando el genocidio, la depuración étnica y los bombardeos contra la población civil en una serie de lugares concretos de Bosnia-Herzegovina y las prácticas discriminatorias de los serbios respecto a los albaneses de Kosovo. En la Res. 1994/77, aprobada sin votación, se condenan y declaran crímenes de guerra, la agresión y violación de mujeres como arma de guerra y, claramente, como instrumento de la política de limpieza étnica. En la misma resolución se pide a los Estados Miembros de la ONU que hagan todo lo necesario por garantizar, de conformidad con los principios procesales reconocidos internacionalmente, que los culpables de dichos crímenes sean juzgados y castigados por el

Tribunal Penal Internacional.

### **Guinea Ecuatorial**

La Comisión solicita que todos los grupos y partidos políticos desempeñen un papel activo en la vida política y social para garantizar la transición a la democracia. Manifiesta seria preocupación por los constantes informes sobre violaciones de derechos humanos, tales como arrestos y detenciones arbitrarias de opositores políticos, a menudo acompañados de torturas, según consta en el informe del Sr. Alejandro Artucio (Uruguay) Relator Especial de la ONU (quien es Consejero Jurídico la CIJ). Asimismo, lamenta la situación y condición jurídica y social de la mujer en este país y exhorta al gobierno a que ponga en práctica mecanismos que permitan la liberación de todos los detenidos o condenados por razones políticas. Por último, la Comisión pide al Secretario General de la ONU que preste asistencia técnica al gobierno de Guinea Ecuatorial, pero únicamente en «aquellos puntos específicos que sugiere el Relator Especial en su informe» (cursos de capacitación y seminarios destinados a funcionarios estatales, entre ellos, jueces y policías, así como a abogados independientes y dirigentes políticos). Se renueva el mandato del Sr. Artucio.

### **Timor Oriental, Rumania y Sri Lanka**

Estos países son objeto de una declaración de la Comisión que en el caso de Sri Lanka, acoge con beneplácito los esfuerzos del gobierno respecto a la situación en el norte del país, destinados a prevenir que los civiles resulten heridos o lesionados y a revisar las leyes de emergencia. En una declaración del

Presidente se expresa preocupación por las constantes denuncias de violaciones en Timor Oriental, a pesar de las medidas positivas tomadas por Indonesia. Se exhorta a la cooperación entre el gobierno y el CICR. Se señala que Rumania ha hecho progresos, camino a la democracia.

## Varios

En diversas Resoluciones de la Comisión se señala la situación en países específicos y los informes pertinentes. La interrupción del proceso democrático en Burundi se condena enérgicamente, al igual que la práctica de desplazamientos forzados en el Zaire. La situación en dicho Estado se trató durante algunos años conforme al procedimiento 1503; de ahora en adelante se tratará en procedimiento público. Se nombra un Relator Especial. La Comisión acoge con agrado los esfuerzos realizados en Togo respecto a la democratización y alienta al gobierno a que solicite asistencia técnica del Centro de Derechos Humanos de la ONU. En lo que se refiere a Bougainville, la Comisión pide al Secretario General que «a la luz de la evolución de la situación entre la aprobación de la presente resolución (1994/81) y el 30 de septiembre de 1994 considere la conveniencia de designar un representante especial», que informe a la Comisión de Derechos Humanos en el 51º período de sesiones.

A lo largo de todo el período de sesiones y particularmente cuando se abordan los puntos 9 y 12 hay vivas intervenciones de los representantes de las ONG e intercambios vehementes entre los representantes de India y Paquistán respecto a Cachemira: ambos Estados aluden al informe (que en ese

momento aún no se había distribuido) de la misión llevada a cabo por la CIJ en 1993. La resolución propuesta por Paquistán condenando a la India no es aceptada. En este mismo punto se trata el estatuto del Tibet. La rebelión indígena de Chiapas, México, también es objeto de debate y el informe de la misión de la CIJ se distribuye a las delegaciones, las ONGs y la prensa mundial. La CIJ se une a otras 26 ONGs solicitando que se nombre un Relator Especial para Colombia, habida cuenta principalmente de los comentarios que figuran en los informes del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, del Relator Especial sobre Tortura y del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas. Además de los comentarios relativos a la mayoría de los países citados, la CIJ señala a la atención de la Comisión, la masacre de Naniachar Thana, Bangladesh, en la que presuntamente intervinieron las fuerzas de seguridad.

## Ejecuciones extra - judiciales, sumarias o arbitrarias

El Relator Especial presentó informaciones sobre 73 Estados en 1993, año en que se remitieron 217 llamamientos urgentes a 52 gobiernos, relativos a 1.300 personas. Entre noviembre de 1993 y febrero de 1994 se remitieron otros 40. En el curso de 1993 se señalaron a la atención de 51 gobiernos, más de 2.300 casos (E/CN.4/1994/7 y Add. 1). El relator señala el uso creciente de la pena de muerte y la clara ampliación del alcance de la misma en varios países que en muchos casos va acompañada del cercenamiento de los derechos de defensa. A juicio del relator, la pena de muerte es per se una negación del derecho a la vida y en las circunstancias descritas equivale a la ejecución sumaria o arbitraria.

Se denuncia con vehemencia la impunidad, práctica que se está generalizando y que constituye una denegación de justicia y la destrucción del Imperio del Derecho. En la Res. 1994/82, se alienta a gobiernos, órganos y organismos especializados, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a capacitar y formar a los efectivos de las fuerzas militares, funcionarios encargados del orden público y funcionarios gubernamentales, así como a los miembros de las misiones de mantenimiento de la paz u observadores de las Naciones Unidas, en cuestiones de derechos humanos y de derecho humanitario relacionadas con su labor.

### **Derechos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión**

#### **Detenciones arbitrarias**

El grupo de trabajo que cuenta con cinco miembros recibió 183 comunicaciones en el curso de 1993 que se señalaron a la atención de 31 gobiernos. Se tomaron unas 67 decisiones respecto a 286 casos. En la Resolución 1994/32 por la que se alienta a los gobiernos a establecer el habeas corpus o un procedimiento análogo, en cierta medida se reflexiona acerca de la propuesta del grupo de redactar una Declaración en cuanto al mismo, que sirva de dispositivo protector contra la detención arbitraria, estableciendo que se trata de un derecho personal, que no puede ser suspendido ni siquiera durante el estado de excepción.

El grupo aborda las detenciones practicadas por entidades no estatales, llegando a la conclusión de que en el contexto de su mandato, «detención» se refiere únicamente a la ordenada por el

Estado. No obstante, habida cuenta de la realidad, examina la conveniencia de declararse competente en materia de detenciones por grupos armados, conforme a lo dispuesto en el Artículo 3, común a los Convenios de Ginebra. En cualquier caso se estima que es preciso actuar de acuerdo con el Artículo 14 del PIDCP. En su informe se hace referencia a los llamamientos urgentes y a las visitas in situ, así como al problema de los tribunales especiales. El mandato del grupo se prorroga por tres años.

### **Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**

El Relator Especial de la ONU recibió información de 60 países. En su informe, a raíz de la solicitud de dos Estados, se analizan los criterios utilizados para tomar la decisión de remitir un llamamiento urgente. El relator concluye que el procedimiento es preventivo y no acusatorio per se. Al respecto, intervienen factores tales como credibilidad de la fuente de información, consistencia de la misma, conclusiones de otros organismos internacionales y legislación nacional que contempla la detención incommunicado, lo que facilita el recurso a la tortura. Ningún Estado invitó al Relator Especial a que lo visitara. En la Res. 1994/37 se alienta a los Estados a hacerlo y se enumeran en líneas generales las preocupaciones que figuran en el informe.

### **Proyecto de Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura**

Un Grupo de Trabajo de composición abierta, estudia el anteproyecto presentado por el gobierno de Costa Rica y escucha el parecer de los representantes



del CICR, del Comité Europeo para la prevención de la tortura y del Relator Especial de la ONU, sobre Tortura, así como de las ONG, entre ellas la CIJ. Mediante este protocolo se procura establecer en los Estados Partes, un sistema de visitas a los centros de detención. El propósito del mismo será preventivo y no pondrá en tela de juicio la legalidad de la detención, siendo su principal cometido, evaluar las condiciones en dichos centros. Además, la meta es constatar que el Estado no infringe la obligación de garantizar que un detenido por orden de las autoridades, no sea sometido a tortura ni malos tratos. Se estima que el proyecto traduce las aspiraciones y el propósito de la cláusula 51 de la Declaración de Viena de 1993. El grupo proseguirá su labor durante dos semanas, previamente al 51º período de sesiones de la Comisión.

### **Desapariciones forzadas o involuntarias**

El Grupo de Trabajo recibió 523 comunicaciones en 1993 y transmitió a los gobiernos 3.162 nuevas denuncias de desapariciones forzadas. En su informe se señala la abundancia de resoluciones de la Comisión urgiendo al grupo a ocuparse de una variedad de asuntos que van desde la tragedia de los niños de la calle y las actividades de grupos armados y los traficantes de drogas, a la protección efectiva de los derechos humanos en la administración de justicia, datos sobre la abolición de la segregación de la mujer y la necesidad de que los gobiernos tomen las medidas legislativas y otras para prevenir y castigar las desapariciones forzadas.

En cuanto a las desapariciones en la ex Yugoslavia, el Grupo de Trabajo presenta

una propuesta, que la Comisión hace suya en la Res. 1994/39, manteniendo que todos los casos de desaparición en cualquier parte del ex Estado, deberían investigarse conforme a un procedimiento especial, independientemente de que la víctima sea un civil o un combatiente e independientemente de que quienes hayan perpetrado estos actos «guarden relación o no con el gobierno». Este tipo de desapariciones, normalmente no entra en las atribuciones del grupo de trabajo. En la resolución al respecto, se invita a los gobiernos a tomar medidas para garantizar que se castigue a los culpables de tales actos, dado que en el informe se plantea la cuestión de la impunidad.

El representante de la CIJ, en una intervención oral, aludió a la enorme fosa común descubierta en Sri Lanka a fines de 1993, hecho previamente comunicado al Grupo de Trabajo.

### **Impunidad de autores de violaciones de derechos humanos**

La Comisión trata la resolución 1993/37 de la Subcomisión de la ONU, en la que se señala que la Conferencia de Viena apoyó los esfuerzos de la Comisión por intensificar la lucha contra la impunidad y por solicitar un estudio sobre la impunidad en materia de derechos civiles, políticos y socioeconómicos. Asimismo, la Conferencia invitó a gobiernos, organizaciones regionales, intergubernamentales y no gubernamentales a suministrar información al respecto. En la Res. 1994/44 la Comisión hace suya la petición de la Subcomisión en lo que se refiere a dicho estudio y acoge con satisfacción el informe provisional que le fuera presentado, conforme a una resolución de 1992 de la citada Subcomisión.

En colaboración con más de 20 ONG, la CIJ preparó un documento sobre el tema, destinado a los relatores de la Subcomisión.

### **Independencia e imparcialidad del poder judicial y los jurados e independencia de los abogados**

Por la Resolución 1994/41 se instituye el cargo de Relator Especial sobre la Independencia del Poder Judicial con las siguientes atribuciones:

«a) Investigar toda denuncia que se transmita al Relator Especial e informar sobre sus conclusiones al respecto.

b) Identificar y registrar no solamente los atentados a la independencia del poder judicial, de los abogados y del personal y auxiliares de la justicia, sino también los progresos realizados en la protección y el fomento de esta independencia, y hacer recomendaciones concretas, incluso sobre asistencia técnica o servicios de asesoramiento a los Estados interesados cuando éstos lo soliciten.

c) Estudiar, por su actualidad y por su importancia, y con miras a formular propuestas,

algunas cuestiones de principio con el fin de proteger y afianzar la independencia del poder judicial y de la abogacía.»

En la intervención de la CIJ se apoyó decididamente la creación del mecanismo. La Comisión nombró al Sr. Dato'Param Cumaraswamy (Malasia), miembro del órgano directivo de la CIJ.

La CIJ presenta Los principios de Madrid, relativos a la relación entre los medios de comunicación social y una justicia independiente<sup>1</sup> en cuyo principio básico se declara: «Es función y derecho de la prensa reunir y transmitir al público información y comentarios acerca de la Administración de Justicia, incluyendo información y comentarios sobre casos concretos, antes, durante y después de la celebración del juicio, sin vulnerar la presunción de inocencia».

### **Libertad de opinión y de expresión**

En su informe a la Comisión, el Relator Especial describe los métodos de trabajo que propone, declarando que se fundará en la práctica establecida y la experiencia adquirida a través de los diversos mecanismos temáticos de la Comisión, particularmente, los relativos a ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, tortura y detención arbitraria. Adoptará aquellos métodos y modali-

---

1 Un grupo de 39 destacados expertos jurídicos y representantes de los medios de comunicación - convocado por la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), su Centro para la Independencia de Jueces y Abogados (CIJA), y el Comité español de la UNICEF - se reunió en Madrid del 18 al 20 de enero de 1994. La reunión tenía dos cometidos: a) Examinar la relación entre los medios de comunicación social y una justicia independiente y b) formular principios que ayudasen a entablar una relación entre ambos que sirva tanto a la libertad de expresión como a la independencia de jueces y abogados. Por más detalles sobre la reunión, véase *ICJ Newsletter*, Nº 57, abril de 1994. Los Principios de Madrid pueden pedirse al secretariado de la CIJ en Ginebra.

dades que juzgue más idóneos para cumplir su labor. En la Res. 1994/33, la Comisión se congratula de las observaciones incluidas en el informe del relator y de los métodos de trabajo que propone. Asimismo, hay que tener presente la notable intervención del representante de Article 19, ONG con sede en Londres, recordando que en la mayoría de los casos el cercenamiento de la libertad de expresión entraña actos mucho más sofisticados que aquellos asociados a la tortura y demás.

### **Desplazados internos**

La Comisión toma conocimiento de que actualmente hay en el mundo unos 25.000.000 de desplazados internos y 20.000.000 de refugiados. En lo que se refiere a la situación de los primeros no existen normas concretas ni instrumentos internacionales. El Sr. Deng, Representante del Secretario General de la ONU, propone que se cotejen los instrumentos de derecho humanitario y de derecho de refugiados, para abordar y enfocar las necesidades de los desplazados internos. Por otra parte, se destacan diferencias considerables en la disposición de las autoridades nacionales a brindarles protección. Asimismo, existe la necesidad de crear un sistema de alerta temprana para advertir a la comunidad internacional acerca de aquellas situaciones que con toda probabilidad generarán desplazamientos masivos. Las preocupaciones del citado Representante constan en la Res. 1994/68. Dicho experto visitó Sri Lanka en 1993 y los gobiernos de Burundi y Colombia le invitaron a visitar los respectivos países.

### **Derechos del niño**

En la Res. 1994/90 la Comisión decide examinar con carácter prioritario en el próximo período de sesiones un subtema concreto denominado «Cuestión de un proyecto de protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño», acerca de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, así como las medidas básicas necesarias para su prevención y erradicación.

En la Res. 1994/91 la Comisión acoge con satisfacción la Res. 48/157 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1993, relativa a la protección de los niños afectados por los conflictos armados, y recomienda al ECOSOC establecer «un grupo de trabajo que se reúna con anterioridad al 51º período de sesiones con el fin de elaborar como cuestión prioritaria un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la implicación de los niños en los conflictos armados.»

### **Derechos de la mujer**

En la resolución relativa a la integración de los derechos de la mujer en los mecanismos de derechos humanos de la ONU y a la erradicación de la violencia contra la mujer, la Comisión, sin proceder a votación, decide nombrar por un período de tres años, una Relatora Especial de la violencia contra la mujer. Examinará las causas y consecuencias de dicha violencia; solicitará y recibirá información de gobiernos y demás fuentes pertinentes; recomendará medidas, medios y métodos a escala nacional, regional e internacional para erradicar las causas de la violencia pública y privada contra la mujer y remediar a las consecuencias de la misma; y trabajará

en estrecha colaboración con otros relatores especiales, grupos y expertos de la Comisión y de la Subcomisión (Res. 1994/45). Se designó para el cargo a la Sra. Radhika Coomaraswamy (Sri Lanka).

### **Derechos de los pueblos indígenas**

La Comisión pide al Grupo de Trabajo sobre el tema que identifique programas, proyectos y demás que podrían llevarse a cabo en el Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo. Asimismo, dicho grupo ha de considerar con carácter prioritario la posibilidad de establecer un foro permanente para las poblaciones indígenas o sugerir otras alternativas a la Comisión (Res. 1994/26 y 28).

### **Propuesta de Declaración sobre derechos y responsabilidades de los defensores de derechos humanos**

La Comisión discute el informe de la novena sesión del Grupo de Trabajo. Si bien la redacción ha sido lenta, la Comisión expresa satisfacción por los progresos realizados durante la sesión. No obstante, en una intervención conjunta, la CIJ y otras ocho ONG, deploran ciertas enmiendas propuestas y más concretamente, el inciso 4 del Art. 5 del Capítulo 5, propuesto por Cuba. En el mismo se estipula, entre otros deberes para los defensores, que nadie podrá utilizar la promoción y protección de los derechos humanos con fines políticos, ajenos a la esencia humanitaria de dichas actividades. (Véase E/CN.4/1994/81. Anexo 1).

Los representantes de las ONG recuerdan a la Comisión que el cometido

de la Declaración no es proteger a los Estados contra los defensores de los derechos humanos, sino garantizar la protección de los mismos en el curso de sus actividades legítimas de conformidad con el derecho internacional.

### **Derechos económicos, sociales y culturales; el derecho al desarrollo**

La Comisión trata los informes relativos a: un seminario sobre los indicadores apropiados para evaluar el avance en la realización de los derechos en cuestión; la crisis de la deuda y los programas de ajuste; derechos humanos y pobreza extrema, así como un informe actualizado sobre el derecho a la propiedad individual y colectiva, y la práctica de desalojos forzados.

En una intervención, la CIJ sugiere que «la Comisión establezca la figura de seria violación de derechos económicos, sociales y culturales» y que «trate las violaciones a los citados derechos de la misma manera que trata las relativas a los derechos civiles y políticos.»

Por otra parte, la CIJ propone un estudio sobre la naturaleza justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales.

En la Res. 1994/20, relativa a la realización de estos derechos -aprobada en votación nominal por 52 votos a favor, ninguno en contra y una abstención - se reconoce «la importancia de utilizar indicadores como medio de medir o evaluar el avance en la realización de los derechos humanos, como se menciona en la Declaración y Programa de Acción de Viena» y se invita a los Estados a «establecer normas nacionales de referencia concretas para dar efecto a la obligación mínima fundamental de asegurar la

satisfacción de los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos.»

Por otra parte, en la citada resolución se alienta la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que «enuncie el derecho de los particulares o los grupos a presentar comunicaciones relativas al incumplimiento del Pacto...».

En la Res. 1994/21 sobre el derecho al desarrollo - aprobada en votación nominal por 42 votos a favor, 3 en contra y 8 abstenciones - se decide que los «secretarios ejecutivos de las comisiones económicas regionales y los directores de las instituciones financieras internacionales sean invitados a participar activamente en los futuros periodos de sesiones del Grupo de Trabajo.»

En la Res. 1994/12 se aprueba la organización de un seminario para profundizar la reflexión sobre el tema «La pobreza extrema y la denegación de los derechos humanos».

A juzgar por estas resoluciones, la Comisión se propone crear un mecanismo permanente para evaluar el grado de realización de los derechos económicos, sociales y culturales, así como del derecho al desarrollo.

### **Reordenación del programa**

A mediados del período de sesiones, se discutieron las propuestas del Presidente, Sr. Peter Van Wulfthen Palthe (Países Bajos), relativas a un serie de puntos del programa a suprimir o agregar. Resulta obvio que no será fácil lograr que se acepten modificaciones del programa - algunos Estados no tolerarán, por ejemplo, la falta de un punto sobre Sudáfrica - y se propone que

un grupo de trabajo intersesional se ocupe del asunto.

En la última sesión, y tras múltiples consultas y negociaciones, la Comisión adhiere a una decisión que difiere fundamentalmente de la propuesta inicial del Presidente, por la que se crea un grupo de trabajo que se reunirá por 10 días, cuya labor se concluirá sobre la base del consenso (una de las principales enmiendas de la propuesta inicial) y examinará: La reordenación del programa a fin de proponer (en lugar de establecer) un programa provisional; las cuestiones de organización relacionadas con lo anterior, y un inventario preliminar de otras reformas. El presidente de dicho grupo - que será quien presidió el 50º período de sesiones - presentará un informe a la Comisión en el 51º período de sesiones.

Con esta decisión se dan por terminadas las deliberaciones y actividades del 50º período de sesiones de la Comisión.

# APLICACION JUDICIAL DEL IMPERIO DEL DERECHO

## Aloeboetoe y otros vs. República de Suriname Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos\*

En la sentencia de este caso, dictada en septiembre de 1993, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera «diversas modalidades de indemnización justa» por violación de derechos e incumplimiento de obligaciones según el inciso 1 del Artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que estipula:

«Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el

pago de una justa indemnización a la parte lesionada.»

La Corte asevera que este artículo «codifica una norma de derecho consuetudinario que es uno de los principios fundamentales del derecho internacional actual.»<sup>1</sup>

### Antecedentes de la sentencia de reparación

En el fallo de diciembre de 1991, la Corte Interamericana admite por unanimidad la responsabilidad del Estado demandado, la República de Suriname, en los hechos que suscitaron el caso; da por concluida la querrela en cuanto a los hechos y decide mantener el procedimiento a efectos de fijar las indemnizaciones y los costos.<sup>2</sup>

\* Este artículo fue escrito por la Sra. Margaret de Merieux, Catedrática de Derecho de la Universidad de Barbados.

1 Al respecto, la Corte cita: su propio fallo en los casos *Velasquez Rodríguez* (Series C. No. 7) y *Godínez Cruz* (Series C. No. 8); *Factory at Chorzow* Cases No. 8, (1927) P.C.I.J. y No. 13 (1928) P.C.I.J.; *Interpretation of Peace treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, Advisory Opinion* (1950) C.I.J. Rep. 228.

2 En un comunicado a la Corte en el curso del proceso de reparación, el gobierno surinamés recalca que el admitir la responsabilidad se basa fundamentalmente en el hecho de que el Estado haya retomado el camino de la democracia en mayo de 1991 y en el compromiso del Presidente de «respetar y promover ...los derechos humanos.» Ello, según declara el gobierno, no debería servir de pretexto para imponer el pago de indemnizaciones por valor de millones, lo que sólo serviría para empobrecer aún más al país.

Los hechos presentados a la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fueron los siguientes: un grupo del ejército surinamés atacó, golpeó y detuvo a una serie de «maroons» por presunta pertenencia al Comando Jungla. Luego, dejó partir a algunos pero a siete, entre ellos un adolescente de 15 años, los condujo en dirección de la capital, Paramaribo. A seis de ellos les obligó a cavar su propia tumba antes de ser asesinados; el séptimo, que resultó herido mientras escapaba, sobrevivió y logró relatar los hechos. Con las heridas infestadas de gusanos y habiendo visto a los buitres devorar los cadáveres de sus compañeros, fue evacuado al hospital tras 24 horas de negociaciones con las autoridades y murió poco después. Su relato de la masacre fue confirmado por testigos oculares y por los comentarios de los encargados de la investigación.

### **Indemnizaciones demandadas a la Corte**

La Comisión acusa a Suriname de haber violado los Artículos 1, 2, 4 inc. 1, 5 inc. 1, 7 inc. 1, 2, 3, y 25 inc. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>3</sup> En la parte relativa a la indemnización prevista en el inciso 1 del Artículo 63, detalla propuestas de pago de sumas concretas en concepto de:

- (i) Daños morales a la tribu saramaca per se, tribu a la que pertenecían las víctimas.

- (ii) Daños morales a los adultos a cargo de las víctimas.
- (iii) Daños morales a los menores a cargo de las víctimas.
- (vi) Daños propiamente dichos a los adultos a cargo de las víctimas.

Asimismo, reclama el pago de las sumas en florines surinameses y en dólares para sufragar los costos legales y una suma precisa para gastos.

En la sentencia de septiembre de 1993, la corte rechaza la reparación por daños morales a la tribu; niega cualquier tipo de indemnización a las personas a cargo en cuanto tales; ordena la indemnización por daños morales a los sucesores de las víctimas (así como a los antecedentes) y concede indemnización por daños materiales a las viudas y los hijos de las víctimas. Además, se reembolsa a los familiares el costo de las averiguaciones para saber qué había pasado y dar con el paradero de las víctimas de la masacre. La Corte rechaza que se sufraguen los costos legales de la Comisión, los gastos de viaje de sus funcionarios a Suriname, y cualquier otro gasto por servicios de asesoramiento, sea financiero o jurídico. El rechazo se funda en que los gastos generados en el cumplimiento de las funciones asignadas a la Comisión y a la Corte, han de ser sufragados por dichos órganos del sistema, puesto que forman parte del deber de cumplir las respectivas funciones.

3 Estos artículos se refieren respectivamente a: la obligación del Estado Parte de respetar los derechos estipulados en la Convención; la obligación de tomar las medidas legislativas y demás para dar vigencia a dichos derechos; los derechos a la vida, a un trato humano y la libertad personal (inc. 1, 2 y 3 del art. 7) y el derecho a protección judicial. Al parecer, la Corte procedió estimando que el derecho violado fue el derecho a la vida.

## **El principio de reparación: Derecho aplicable**

En el caso que nos ocupa, entran en juego el lugar y la función que les cabe a tres sistemas jurídicos, a saber: tribal, nacional e internacional. La propuesta básica respecto al inciso 1 del Artículo 63, es que se rige por el derecho internacional en todos sus aspectos «alcance, características, beneficiarios, etc.» y que por ende, la aplicación e interpretación de dicho artículo en la sentencia, impone obligaciones legales de carácter internacional que no están sujetas al derecho nacional del Estado demandado.

El derecho internacional exige que las violaciones al derecho a la vida sean objeto de compensación pecuniaria (párrafo 46), dicha compensación guarda relación primordialmente con el daño material pero también con el daño moral sufridos por las propias víctimas.

Habiendo determinado que la Corte debería considerar el daño sufrido por las víctimas sin disponer de pruebas al respecto, ésta tenía que encontrar o hacer valer una propuesta jurídica que le permitiera determinar quién debía recibir reparación. La Corte mantuvo que el derecho a compensación inherente a las víctimas se «transfiere a sus herederos por sucesión, dado que la indemnización de los daños por causar la pérdida de la vida representa un derecho inherente de las partes lesionadas.»

Asimismo, asevera que la propuesta de transferencia no habría de fundarse en el derecho internacional, y de hecho, prosigue diciendo que por ese motivo «la jurisprudencia nacional acepta generalmente que el derecho de reclamar compensación por la muerte de una persona pase a los sobrevivientes afectados por dicha muerte.» En lo que se refiere a

determinar quienes son los sucesores de la víctima, la aclaración figura en el párrafo 61. La Corte admite la falta de una «norma convencional o consuetudinaria que indique quién o quiénes son los sucesores de una persona» y por ende, establece que la única alternativa es «aplicar los principios generales del derecho» (Punto c., inc. 2 del Art. 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

Luego, la Corte no se refiere a un principio reconocido por las naciones civilizadas como en el caso del Estatuto citado sino a las «normas comunes a la mayor parte de los sistemas jurídicos según las cuales, los sucesores de una persona son sus hijos» (párrafo 62). Al respecto, determina «que las normas generalmente aceptadas por la comunidad de naciones deberían aplicarse» y acto seguido que «estos principios generales del derecho abarcan a «hijos», «cónyuges» y «padres»; términos que habrían de interpretarse según el derecho nacional, entendiéndose que no se trata del de Suriname sino del derecho consuetudinario de los saramacas. La Corte da este hecho por sentado, estimando que el derecho surinamés «no tiene vigencia en la región, al menos en lo que atañe a la familia». El pasaje de la corte desde el punto c, inciso 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia al derecho consuetudinario saramaca, pone una nota irónica a la sentencia.»

A partir de los datos solicitados concretamente por la Comisión y recibidos por la Corte, esta última establece una lista de descendientes y ascendientes habiendo afirmado previamente que no se haría distinción alguna de sexo, respecto a los primeros, incluso si ello disiente de la costumbre saramaca.

En conclusión cabe señalar que en la



interpretación del Artículo 63, la sentencia sanciona de hecho la aplicación de los tres sistemas jurídicos, dado que se asevera que sería oportuno referirse al derecho nacional vigente antes de concluir que por derecho local se entiende el de los saramacas. Asimismo, resulta obvio que la aplicación del derecho nacional y consuetudinario es un acto de «fallo internacional» bajo la égida de un principio de derecho internacional, en este caso, según la Corte, el estipulado en el punto c. inc. 2 del Art. 36 del Estatuto citado anteriormente. Al determinar el derecho a aplicarse para establecer quienes son los «sucesores», se plantea la cuestión del significado general de los tratados entre las poblaciones tribales o indígenas y sus ex amos colonizadores o conquistadores de las tierras de los primeros. La Comisión había hecho valer la autonomía interna para los saramacas, regida por sus propias leyes y garantizada concretamente en un Tratado de septiembre de 1762 entre los saramacas (tribu integrada por fugitivos africanos) y los holandeses, «cuyas obligaciones» a juicio de la Comisión «son aplicables al Estado de Suriname por sucesión». No obstante, la Corte en aplicación de la noción de *jus cogens* super-*veniens* declara nulo dicho Tratado por

contener disposiciones que favorecen y fomentan la institución de la esclavitud.<sup>4</sup> Un tratado semejante, se afirma, no puede invocarse ante un tribunal internacional de derechos humanos. La esclavitud, al igual que la discriminación racial y la tortura hoy se consideran contrarios al *jus cogens*, de ahí que también se considere que la protección forma parte del derecho internacional consuetudinario.<sup>5</sup>

La posición tomada por la Corte, inteligible y conforme al Artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados,<sup>6</sup> no está exenta de problemas dado que los grupos tribales e indígenas del mundo entero tratan de fundar sus demandas en él y por otra parte tienen mucha confianza en los tratados añejos que muy probablemente pueden contener disposiciones contrarias al *jus cogens* tal como se lo concibe en nuestros días<sup>7</sup> Por consiguiente se trata entonces de una cuestión mucho más amplia, relativa a la oportunidad de invalidar todos aquellos tratados que comprendan disposiciones semejantes que como en el caso presente, no pueden de manera alguna tener vigencia.

- 4 Mediante este tratado los saramacas se comprometían a «capturar a todo esclavo que (hubiera) desertado, hacerlo prisionero y entregarlo al gobernador de Suriname» para recibir el pago correspondiente.
- 5 Al respecto, suelen citarse los casos siguientes: *South West Africa Advisory Opinion (Second Phase)* 1966, C.I.J. Rep. 6.298; *Barcelona Traction (2nd Phase)* 1970 I.C.J. Rep. 3, 32 y 304; *Namibian Opinion* 1971 I.C.J. Rep. pág. 78-81. En cuanto a la jurisprudencia de la Convención Americana, véase *Pinketon and Roach*, observaciones de la Comisión Interamericana (8H.R.L.J:345) 1981, pág. 66.
- 6 Dicho artículo estipula que si surge una nueva norma perentoria de derecho internacional, todo tratado existente que la contradiga es nulo y caduco.
- 7 Véase por ejemplo, el Informe Provisional presentado a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU, y preparado por el Sr. Miguel Alfonso Martínez, sobre «Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas.» (E/CN.4/Sub.2/1992/32).

## Indemnizaciones y grupo tribal *per se*

Tal vez la cuestión de mayor interés planteada en el caso Aloebotoe haya sido el intento de la Corte de obtener indemnización para la tribu saramaca en cuanto grupo *per se*, especialmente a la luz del empuje actual del «derecho de los pueblos».

Se puede decir que la demanda de la Comisión por daños morales a la tribu tiene dos fundamentos distintos. Se argumentó que la verdadera estructura social de los saramacas, en la que el individuo está unido al grupo por encima y más allá de sus lazos familiares, es tal que cualquier daño a uno de sus componentes repercute en toda la comunidad. Cabe subrayar, que el argumento no fue que el asesinato de las siete víctimas se consideraba un ataque a la tribu *per se*, argumento que hubiera exigido señalar un derecho inherente a la tribu *per se* que no sería posible identificar fácilmente en la Convención.

La Corte tomó conocimiento de un argumento similar en el alegato *amicus curiae* presentado por la Comisión Internacional de Juristas en julio de 1992, donde se decía que «el nexo entre la violación de la Convención y el daño moral sufrido era suficiente no solo en lo que respecta a los miembros de la familia» como en casos anteriores «sino también en lo que respecta a la tribu saramaca.» En dicho *amicus-curiae* se asevera que la única limitación al pago de la indemnización moral prevista en el Lusitania Claims es fue que la lesión «debe ser real

y efectiva y no meramente sentimental e imprecisa».<sup>8</sup> Argumentos a los que la Corte responde: «Cada persona generalmente también pertenece a comunidades intermedias. En la práctica, la obligación de pagar una indemnización moral no se extiende a dichas comunidades; si, excepcionalmente, en algún caso se concedió una indemnización semejante, debería haber sido porque la comunidad en cuestión había sufrido daños directos» (sic).

La alusión a daños directos sugiere que los actos injuriosos que infringen la Convención tendrían que haber tenido por objetivo el grupo como tal. Ello pone de relieve el hecho de que la sentencia se ocupa de la lesión y el daño causados a las siete víctimas y la consiguiente indemnización se transfiere simplemente a los descendientes y ascendientes de las mismas.<sup>9</sup>

El segundo argumento en el que los demandantes fundan la demanda de pago de indemnización a los saramacas es la violación de los «derechos que la tribu tiene aparentemente sobre el territorio que ocupa», violación perpetrada por el ejército surinamés al haber entrado en dicho territorio. Estos derechos dimanarían del tratado citado anteriormente pero como la Comisión no alega ninguna norma de derecho internacional para la tribu, en realidad, la demanda se funda, tal como lo señalara la Corte, en «la violación de una norma jurídica nacional relativa a la autonomía territorial» dimanante de dicho tratado. La Corte desestima este argumento, no porque la Comisión no haya logrado probar la vio-

8 18 A.J.I.L. 361-373 (1924)

9 En cierto momento la Corte parece considerar el perjuicio sufrido por terceros, los familiares de las víctimas, cuando en el párrafo 76 declara: Puede suponerse que los padres han sufrido moralmente a raíz de la muerte cruel de su progenie.

lación de un derecho previsto en la Convención e inherente a la tribu, sino porque dicho derecho forma parte de un tratado declarado nulo por la Corte. La Corte opina que «no existe disposición alguna en el derecho nacional, ya sea escrita o consuetudinaria, que permita establecer la autonomía de los saramacas.»

Al respecto, los comentarios hechos anteriormente sobre el enfoque de la Corte en lo que atañe al tratado también son pertinentes, pero independientemente de ello, se plantea la cuestión de saber si la autonomía reclamada, se exponga como se exponga, podría de hecho servir de fundamento para una demanda de reparación a tenor de la Convención, a falta de una cláusula al respecto que contemple el derecho a la autonomía o a la autodeterminación, como en el caso de los principales instrumentos universales por oposición a los regionales.<sup>10</sup> El derecho a la vida consagrado en la Convención fue a su vez, por extensión, la base de la demanda fundada en el derecho a la autonomía. La Corte declara: «La suposición de que una norma nacional de jurisdicción territorial se haya infringido a efectos de violar el derecho a la vida, no establece de por sí el derecho a indemnización por daños morales, demandada en nombre de la tribu.» La cuestión vuelve a plantearse en términos del «carácter directo» de la infracción a un derecho consagrado en la Convención y del problema del lugar que ocupa en la entidad para la cual se demanda la indemnización, punto en el que abundaremos en la conclusión del presente artículo.

La sentencia que nos ocupa tal vez ponga de relieve el vacío de la Convención Interamericana en cuanto al concepto de los derechos de grupo.

## **Cálculo de la compensación**

### **Mecanismo de indemnización justa**

En el cálculo de las sumas a pagar, la Corte se basa en los precedentes sentados en los casos Velazquez Rodríguez y Godinez Cruz, de ahí que cuando se trata de evaluar la compensación por daños morales, la «indemnización» deba «basarse en los principios de equidad», pero en lo que respecta a la pérdida de ingresos la Corte «haya llegado a una estimación prudente de los daños, habida cuenta de las circunstancias propias a cada caso.»

A efectos de determinar la suma de la indemnización por daños reales, se calcularon los ingresos de las víctimas en la vida activa, utilizando de referencia el mes de junio de 1993, mes en el que se «estableció el libre mercado en Suriname, para evitar las distorsiones provocadas por un sistema de tasas de cambio fijas», en una economía inflacionaria. Suriname declaró la intención de pagar únicamente en moneda nacional, conforme a la ley nacional. No obstante, la Corte, tras calcular el ingreso anual de cada una de las víctimas en florines surinameses, lo convirtió en dólares a la tasa de cambio vigente en el mercado libre.

Respecto a las indemnizaciones por daños morales, la Corte aceptó el monto

10 En cada caso se hace referencia al Artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como al Artículo 27 del primero.

propuesto por la Comisión para cada una de las víctimas, determinando que el pago de una suma global era apropiado y ajustó el monto a pagar incluyendo los «intereses compensatorios, calculado conforme al tipo vigente en el mercado internacional» (párrafo 92).

Tras ordenar el pago de los gastos generados por la desaparición de las víctimas, la Corte señala que la «compensación establecida para los herederos de las mismas» incluye una suma destinada a la educación. Destacando que la educación permanente no podrá sufragarse únicamente por la concesión de la compensación de los daños, ordena al Estado de Suriname de reabrir la escuela situada en el pueblo donde residen los familiares de las víctimas y, además, poner en funcionamiento el dispensario médico existente en dicho pueblo cerrado desde hacía largo tiempo.

Por ende, al determinar el tipo de reparación que habría de otorgarse, la Corte se propone ser innovadora, dado que además de ordenar la compensación monetaria impone al Estado de Suriname, obligaciones relativas al «bienestar social» de los familiares de las víctimas. Actitud que también se constata en el enfoque de la Corte respecto a los mecanismos a través de los cuales se hará efectiva la compensación. Tras ordenar el pago de la suma fijada en el Suritrust y establecer dos fideicomisos, uno para los beneficiarios menores y otro para los adultos, la Corte ordena la creación de una Fundación para la administración de tales dineros, con miras a ofrecer a los beneficiarios la oportunidad de obtener el mejor rendimiento de las sumas recibidas a título de reparación. La Fundación, cuyas autoridades se enumeran en el fallo, se considera «un medio de contribuir a la protección real y efecti-

va de los derechos humanos en las Américas», tal como se sugería en el *amicus curiae* de la CIJ.

En la sentencia se dice expresamente que Suriname no podrá gravar o restringir «las actividades de la fundación o la administración de los fideicomisos más allá de lo actualmente existente, ni modificar las condiciones vigentes, salvo en lo que pudiere serles favorable, ni interferir en las decisiones de la fundación.»

Además, la Corte resuelve «que supervisará el cumplimiento de las reparaciones acordadas y que solo después archivará el expediente.»

Por último, cabe señalar que la declaración de la Corte - basada en sus propios puntos de vista respecto a los casos Velasquez Rodríguez y Godínez Cruz que el «Estado está obligado a utilizar los medios a su alcance para informar a los familiares del destino que corrieron las víctimas e ... indicarles donde reposan sus restos», aseverando que en el contexto surinamés es de singular importancia - es un medio significativo de poner en práctica las disposiciones del Artículo 63 de la Convención, en lo que se refiere a las reparaciones por violación de los derechos consagrados en la misma.

## Conclusión

La sentencia del caso Aloboetoe, ratifica y subraya a la vez, los límites de la propuesta básica en el caso Velasquez Rodríguez, a saber: «es un principio del derecho internacional... que cada violación de una obligación internacional que provoca daños genera el deber de una reparación adecuada.» Además, y claramente, la Corte reafirma el principio de que la compensación monetaria de los daños que no sean materiales, ha de asi-

gnarse conforme al derecho internacional, particularmente cuando se trata de violaciones de los derechos humanos.

En el caso que nos ocupa, la compensación fue asignada en virtud de los daños sufridos por los derechohabientes de las víctimas, y la indemnización fue transferida a los herederos descendientes y ascendientes. Por lo tanto, la cuestión principal que se planteaba era la compensación por daños morales a terceros, en este caso la tribu, habida cuenta de la violación constatada de los derechos de las víctimas. La decisión de la Corte de rechazar la indemnización a la tribu, debe equiparse a una «declaración» de que la tribu en calidad de tercero, no tiene intereses legales reconocidos en el derecho internacional que puedan ser objeto de compensación a raíz de una violación. De ahí que la propuesta citada del caso *Velazquez Rodriguez* sea demasiado amplia, puesto que los perjuicios a terceros, parte o entidad, provocados por la violación de una obligación internacional, a juicio de la Corte no entrañan forzosamente una compensación.

La cuestión particular de compensación por infracción de los derechos de autonomía de los saramacas, previa o ulterior a la violación de los derechos de las víctimas, plantea una vez más el asunto del «carácter directo del daño» pero, y tal como sugerido anteriormente, puede poner de relieve el vacío de que adolece la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos atribuibles a pueblos o grupos, antes bien que la falta de una norma de derecho nacional que confiere la autonomía, aparte de la del tratado declarado nulo.

La aplicación del derecho tribal bajo la égida de una norma de derecho internacional es una de las características más sobresalientes de este caso. Por último, la decisión de la Corte de supervisar el cumplimiento de las reparaciones acordadas, es de buen augurio para el papel que le cumple en lo que atañe a la promoción y protección de los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Convención Americana.

## **Texto Básico**

### **Asamblea General de las Naciones Unidas**

#### **Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas lingüísticas**

*Resolución 47/135 - 18 de diciembre de 1992*

*La Asamblea General,*

*Reafirmando* que uno de los propósitos básicos de las Naciones Unidas, proclamado en la Carta, es el desarrollo y el estímulo del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión,

*Reafirmando* la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas,

*Deseando* promover la realización de los principios enunciados en la Carta, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones y la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en otros instrumentos internacionales pertinentes aprobados a nivel mundial o regional y los celebrados entre distintos Estados Miembros de las Naciones Unidas,

*Inspirada* en las disposiciones del artículo 27 del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos relativas a los derechos de las Personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas,

*Considerando* que la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas contribuyen a la estabilidad política y social de los Estados en que viven,

*Subrayando* que la promoción y la realización constantes de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, como parte integrante del desarrollo de la sociedad en su conjunto y dentro de un marco democrático basado en el imperio de la ley, contribuirían al robustecimiento de la amistad y de la cooperación entre los pueblos y los Estados,

*Considerando* que las Naciones Unidas tienen un importante papel que desempeñar en lo que respecta a la protección de las minorías ,

*Teniendo presente* la labor realizada hasta la fecha dentro del sistema de las Naciones Unidas, en particular por la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las

Minorías, así como por los órganos establecidos de conformidad con los Pactos internacionales de derechos humanos y otros instrumentos internacionales pertinentes sobre derechos humanos, en cuanto a la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas,

*Teniendo en cuenta* la importante labor que realizan las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales en lo que respecta a la protección de las minorías y la promoción y la protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas,

*Reconociendo* la necesidad de lograr una aplicación aun más eficiente de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en lo que respecta a los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas,

*Proclama* la presente Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas:

## Artículo 1

1. Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad.
2. Los Estados adoptarán medidas apropiadas, legislativas y de otro tipo, para lograr esos objetivos.

## Artículo 2

1. Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (en lo sucesivo denominadas personas pertenecientes a minorías) tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo.
2. Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica pública.
3. Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan, de toda manera que no sea incompatible con la legislación nacional.
4. Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de establecer y mantener sus propias asociaciones.
5. Las personas pertenecientes a minorías tendrán derecho a establecer y mantener, sin discriminación de ningún tipo, contactos libres y pacíficos con otros miembros de su grupo y con personas pertenecientes a otras minorías, así como contactos transfronterizos con ciudadanos de otros Estados con los que estén relacionados por vínculos nacionales o étnicos, religiosos o lingüísticos.

### Artículo 3

1. Las personas pertenecientes a minorías podrán ejercer sus derechos, incluidos los que se enuncian en la presente Declaración, individualmente así como en comunidad con los demás miembros de su grupo, sin discriminación alguna.
2. Las personas pertenecientes a minorías no sufrirán ninguna desventaja como resultado del ejercicio o de la falta de ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración.

### Artículo 4

1. Los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley.

2. Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.

3. Los Estados deberán adoptar medidas apropiadas de modo que, siempre que sea posible, las personas pertenecientes a minorías puedan tener oportunidades adecuadas de aprender su idioma materno o de recibir instrucciones en su idioma materno.

4. Los Estados deberán adoptar, cuan-

do sea apropiado, medidas en la esfera de la educación, a fin de promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio. Las personas pertenecientes a minorías deberán tener oportunidades adecuadas de adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto.

5. Los Estados deberán examinar medidas apropiadas de modo que las personas pertenecientes a minorías puedan participar plenamente en el progreso y el desarrollo económicos de su país.

### Artículo 5

1. Las políticas y programas nacionales se planificarán y ejecutarán teniendo debidamente en cuenta los intereses legítimos de las personas pertenecientes a minorías.

2. Los programas de cooperación y asistencia entre Estados deberán planificarse y ejecutarse teniendo debidamente en cuenta los intereses legítimos de las personas pertenecientes a minorías.

### Artículo 6

Los Estados deberán cooperar en las cuestiones relativas a las personas pertenecientes a minorías, entre otras cosas, el intercambio de información y de experiencia, con el fin de promover la comprensión y la confianza mutuas.

### Artículo 7

Los Estados deberán cooperar a fin de promover el respeto por los derechos



enunciados en la presente Declaración.

### Artículo 8

1. Ninguna de las disposiciones de la presente Declaración impedirá el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en relación con las personas pertenecientes a minorías. En particular, los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones y los compromisos contraídos en virtud de los tratados y acuerdos internacionales en que sean partes.
2. El ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración se entenderá sin perjuicio del disfrute por todas las personas de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos universalmente.
3. Las medidas adoptadas por los Estados a fin de garantizar el disfrute

te efectivo de los derechos enunciados en la presente Declaración no deberán ser consideradas prima facie contrarias al principio de igualdad enunciado en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

4. Ninguna disposición de la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que autoriza actividades contrarias a los propósitos y principios de las Naciones Unidas, incluidas la igualdad soberana, la integridad territorial y la independencia política de los Estados.

### Artículo 9

Los organismos especializados y demás organizaciones del sistema de las Naciones Unidas contribuirán a la plena realización de los derechos y principios enunciados en la presente Declaración, en sus respectivas esferas de competencia.

## Los Principios de Madrid

### relativos a la Relación entre los Medios de Comunicación Social y una Justicia Independiente

#### Introducción

Un grupo de 40 eminentes expertos en derecho y representantes de medios de comunicación social convocados por la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), su Centro para la Independencia de Jueces y Abogados (CIJA) y el Comité español de UNICEF, se reunió en Madrid, España, del 18 al 20 de enero de 1994. Los objetivos de la reunión eran:

- examinar las relaciones entre los medios de comunicación social y la independencia de la justicia, de

acuerdo con lo establecido por los Principios Básicos de Naciones Unidas, relativos a la Independencia de la Judicatura (1985);

- formular principios que traten de la relación entre la libertad de expresión y la independencia de la Judicatura;

Los participantes provenían de Alemania, Australia, Austria, Brasil, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, España, Francia, Ghana, India, Jordania, Noruega, Países Bajos, Palestina,

Polonia, Portugal, Reino Unido, Senegal, Sri Lanka, Suecia y Suiza.

A continuación se publican los Principios de Madrid.

## **Los Principios de Madrid relativos a la Relación entre los Medios de Comunicación Social y una Justicia Independiente**

### **Preámbulo**

- La libertad de los medios de comunicación social, que es una parte integrante de la libertad de expresión, es esencial para la vida de una sociedad democrática regida por el Imperio del Derecho. Es responsabilidad de los jueces reconocer y asegurar la libertad de prensa aplicando una presunción básica en su favor, permitiendo restricciones a la libertad de los medios de comunicación sólo cuando estén autorizadas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («el Pacto Internacional») y especificadas en leyes concretas.
- Los medios de comunicación tienen la obligación de respetar tanto los derechos de las personas protegidos por el Pacto Internacional, como la independencia de la Judicatura.
- Estos principios se consideran como requisitos mínimos y no pueden ser utilizados para apartarse de niveles de protección más elevados de la libertad de expresión.

### **Principio Básico**

1. La libertad de expresión<sup>1</sup> (inclusive la libertad de los medios de comunicación) constituye una de las bases esenciales de cualquier sociedad que se pretenda democrática. Es función y derecho de la prensa reunir y transmitir al público información y comentarios acerca de la Administración de Justicia, incluyendo información y comentarios sobre casos concretos, antes, durante y después de la celebración del juicio, sin vulnerar la presunción de inocencia.
2. Este principio sólo podrá ser objeto de suspensión en las circunstancias previstas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tal como fueron interpretadas en los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y suspensión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Documento N.U. E/CN.4/1984/4).
3. El derecho a debatir acerca de la Administración de Justicia no estará sometido a ninguna restricción especial.

### **Ambito del Principio Básico**

4. Este principio básico no excluye la preservación mediante la ley del secreto que debe rodear la investigación del delito, cuando la investigación forme parte de un proceso judicial. El secreto, en tales circunstancias, debe ser considerado como establecido en beneficio de las personas que son sospechosas o acusadas y

---

1 Según definición del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (Ver Revista CIJ N° 36, junio 1986)

para preservar la presunción de inocencia. No debe utilizarse para restringir el derecho de estas personas a comunicar a la prensa información relativa a la investigación o a los hechos que están siendo investigados.

5. Este principio básico no excluye la posibilidad de procedimientos in camera cuya finalidad sea lograr una conciliación o un arreglo, en causas privadas.
6. Este principio básico no incluye el derecho a emitir en directo o a grabar instancias judiciales. Cuando esto esté permitido, el principio básico permanecerá aplicable.

### **Restricciones**

7. Cualquier restricción del principio básico debe estar estrictamente definida por la ley. Cuando una norma jurídica atribuya una facultad discrecional, dicha facultad sólo podrá ser ejercida por un juez.
8. Cuando un juez tenga facultades para restringir el principio básico y prevea ejercitarlas, los medios de comunicación (así como cualquier persona que se considere afectada) tendrán derecho a ser oídos a fin de que puedan objetar el ejercicio de esta facultad y, si se ejerciera, a apelar la decisión judicial.
9. La ley puede autorizar restricciones del principio básico cuando tales restricciones sean razonablemente necesarias en una sociedad democrática para la protección de los menores de edad o de miembros de

otros sectores o grupos que necesitan una protección especial.

10. La ley puede restringir el principio básico en relación con los procesos criminales, en interés de la Administración de Justicia y hasta donde sea razonablemente necesario en una sociedad democrática:
  - a) para evitar un grave perjuicio al acusado,
  - b) para evitar un grave perjuicio o presiones indebidas a los testigos, miembros del jurado o a las víctimas.
11. Cuando se solicite una restricción del principio básico fundada en razones de seguridad nacional,<sup>2</sup> ella no debe poner en peligro los derechos de las partes, inclusive los derechos de la defensa. La defensa y los medios de comunicación tendrán derecho a conocer del modo más amplio posible, las razones por las que se solicita la restricción (sometido, en caso necesario, a un deber de confidencialidad si la restricción es finalmente impuesta) y tendrán también derecho de oponerse a la restricción.
12. En las causas civiles, las restricciones al principio básico pueden ser impuestas si son autorizadas por la ley y en tanto que resulten necesarias en una sociedad democrática para prevenir un perjuicio serio a los intereses legítimos de un litigante particular.
13. No se impondrá ninguna restricción de manera arbitraria o discriminatoria.

2 Para la aplicación correcta del término «seguridad nacional» veáanse los numerales 29-32 de los Principios de Siracusa de Mayo de 1984 (Revista de la CIJ, N° 36, Junio 1986)

14. No se impondrán otras restricciones que las estrictamente necesarias, con la mínima extensión y por el tiempo necesario para conseguir sus propósitos. No se impondrán restricciones más amplias, si existen otras de carácter más limitado, que sirvan para conseguir el propósito buscado. La carga de la prueba corresponderá a la parte que solicite la restricción. Sin embargo, toda restricción estará sujeta a revisión por un juez.

## ANEXO

### Estrategias para su Puesta en Práctica

1. Los Jueces deberían recibir orientaciones en relación al trato con la prensa. Los Jueces deberían ser estimulados para ayudar a la prensa proporcionando a los periodistas resúmenes de procesos largos y complicados sobre materias de interés público, o mediante otros medios adecuados.
2. No se prohibirá a los Jueces contes-

tar a preguntas de la prensa relativas a la administración de justicia, pero el poder judicial podría formular orientaciones razonables sobre la manera de tratar tales preguntas, con miras a regular la discusión sobre procesos identificables.

3. El necesario equilibrio entre la independencia de la judicatura, la libertad de la prensa y el respeto de los derechos individuales – en particular de los menores de edad y de otras personas que necesitan una protección especial – es difícil de conseguir. Consiguientemente resulta indispensable que una o más de las siguientes medidas sean puestas a disposición de las personas o grupos afectados: recursos legales, consejos de prensa, Ombudsman (defensor) para la prensa, en el entendido que ese tipo de circunstancias pueden ser evitadas en gran medida mediante el establecimiento de un Código Ético para los medios de comunicación social, el que debería ser elaborado por los propios periodistas.

# MIEMBROS DE LA COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

## Presidente

JOAQUIN RUIZ-GIMENEZ

Presidente del Comité Español de UNICEF; Profesor de Derecho, Madrid; ex Defensor del Pueblo, España

## Vicepresidentes

ENOCH DUMBUTSHENA

Ex Presidente de la Corte Suprema, Zimbabwe

LENNART GROLL

Juez, Corte de Apelaciones de Estocolmo, Suecia

TAI-YOUNG LEE

Directora del Korean Legal Aid Centre for Family Relations, Corea

CLAIRE L'HEUREUX-DUBE

Juez de la Corte Suprema, Canadá

## Miembros del Comité Ejecutivo

MICHAEL D. KIRBY, (Presidente)

Presidente de la Corte de Apelaciones, Australia

DALMO DE ABREU DALLARI

Profesor de Derecho, San Pablo, Brasil

DESMOND FERNANDO

Abogado; ex Presidente del Colegio de Abogados, Sri Lanka

ASMA KHADER

Abogada, Jordania

KOFI KUMADO

Catedrático en Derecho, Universidad de Ghana

FALI S. NARIMAN

Abogado; ex Procurador General de la India

CHRISTIAN TOMUSCHAT

Profesor de Derecho Internacional, Universidad de Bonn, Alemania; Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de N.U.

## Miembros de la Comisión

ANDRES AGUILAR MAWDSLEY

Juez de la Corte Internacional de Justicia; ex Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Venezuela

MOHAMMED BEDJAOU

Juez, Presidente de la Corte Internacional de Justicia; ex Embajador de Argelia ante las Naciones Unidas en Nueva York

ANTONIO CASSESE

Profesor de Derecho Internacional, Instituto Universitario Europeo; Presidente del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, Italia

SIR ROBIN COOKE, KBE

Presidente de la Corte de Apelaciones, Nueva Zelanda

MARIE-JOSE CRESPIN

Miembro del Consejo Constitucional, Senegal

DATO'PARAM CUMARASWAMY

Abogado; ex Presidente del Comité Permanente de Derechos Humanos del Colegio de Abogados, Malasia

ROBERT DOSSOU

Abogado; Profesor de Derecho y Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de Benin

DIEGO GARCIA-SAYAN

Director Ejecutivo, Comisión Andina de Juristas, Perú

SIR WILLIAM GOODHART, Q.C.

Abogado, Reino Unido

RAJSOOMER LALLAH

Juez de la Corte Suprema, Mauricio; Miembro del Comité de Derechos Humanos de N.U.

NIALL MAC DERMOT, CBE, QC

Ex Secretario General de la CIJ; ex Ministro de Estado del Reino Unido

DANIEL HENRI MARCHAND

Profesor de Legislación Social, Francia

J.R.W.S. MAWALLA

Abogado de la Corte Suprema, Tanzania

FRANCOIS-XAVIER MBOUYOM

Abogado, Camerún

FLORENCE N. MUMBA

Ombudsman, Zambia

DORAB PATEL

Ex Juez de la Corte Suprema, Pakistán

BERTRAND G. RAMCHARAN

Guyana; Coordinador para la Cooperación regional política y de seguridad de N.U.; Profesor adjunto de la Universidad de Columbia, Nueva York

HIPOLITO SOLARI YRIGOYEN

Senador, Argentina; ex Presidente del Comité de Derechos Humanos de la Unión Interparlamentaria

CHITTI TINGSABADH

Abogado; Profesor de Derecho; ex Juez de la Corte Suprema, Tailandia

THEO C. VAN BOVEN

Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de Limburg, Países Bajos; Miembro del Comité de NU para la Eliminación de la Discriminación Racial

JOSE ZALAQUETT

Abogado; Profesor de Derecho, Chile; ex Presidente del Comité Ejecutivo Internacional de Amnistía Internacional

## MIEMBROS HONORARIOS

ARTURO A. ALAFRIZ, Filipinas

DUDLEY B. BONSALE, Estados Unidos

WILLIAM J. BUTLER, Estados Unidos

HAIM H. COHN, Israel

ALFREDO ETCHEBERRY, Chile

PER FEDERSPIEL, Dinamarca

JOHN P. HUMPHREY, Canadá

HANS HEINRICH JESCHECK, Alemania

P.J.G. KAPTEYN, Países Bajos

JEAN FLAVIEN LALIVE, Suiza

RUDOLF MACHACEK, Austria

NORMAN S. MARSH, Reino Unido

KEBA MBAYE, Senegal

SHRIDATH S. RAMPHAL, Guyana

Lord SHAWCROSS, Reino Unido

TUN MOHAMED SUFFIAN, Malasia

P. TELFORD GEORGES, Bahamas

MICHAEL A. TRIANTAFYLIDES, Chipre

## Secretario General

ADAMA DIENG

## **PUBLICACIONES RECIENTES DE LA CIJ**

### **Informe sobre el juicio de Xanana Gusmao en Dili, Timor Oriental**

*Publicado por la CIJ en inglés, 56 pp, Ginebra, 1993. 15 francos suizos,  
más gastos de correo*

Este es un informe sobre el juicio al Sr. Xanana Gusmao en el Juzgado de distrito de Dili, Timor Oriental, que finalizó el 21 de mayo de 1993. El Sr. Fredun De Vitre, Jurista de India, asistió al juicio como observador de la CIJ. El observador centra su mayor preocupación en la equidad del proceso judicial. El dirigente de la resistencia de Timor Oriental fue condenado a la pena de prisión perpetua; posteriormente reducida a 20 años por decreto presidencial.

### **Derecho Internacional de los Derechos Humanos Curso de Actualización y Complementación**

*Publicado por la CIJ y el Colegio de Abogados del Uruguay, en idioma español. 188  
pp. Montevideo 1994. Francos Suizos: 20 más gastos de envío.*

Curso dirigido a completar y actualizar el conocimiento del derecho internacional, tanto universal como regional, a fin de proteger mejor el disfrute y protección de los derechos humanos. Se celebró del 23 al 26 de marzo de 1993 en Montevideo. Esta publicación incluye trabajos de expertos que provienen de diferentes países; entre ellos jueces, fiscales, abogados, profesores de derecho, activistas de derechos humanos.

### **México - Rebelión Indígena en Chiapas**

*Publicado por la CIJ en idioma español. 59 pp. Ginebra, febrero 1994.*

El levantamiento indígena de Chiapas, en el sur de México, puso de manifiesto la profunda brecha social y económica existente en la sociedad mexicana y la gravedad de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en esa región. La CIJ envió una misión para verificar en el terreno las denuncias recibidas sobre violaciones a los derechos humanos y conocer la profundidad de la crisis, a través del propio testimonio de los protagonistas de este drama. El informe elaborado por la CIJ describe cuidadosamente lo sucedido durante el enfrentamiento armado, señalando las responsabilidades de ambas partes y explica las causas profundas que dieron lugar a la rebelión indígena.

Estas publicaciones pueden solicitarse a:  
o a:

CIJ, P.O.Box 160, CH-1216 Ginebra, Suiza  
AAICJ, 777 UN Plaza, New-York, NY 10017