

DERECHOS HUMANOS Y PROCESOS CONSTITUYENTES



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

DERECHOS HUMANOS Y PROCESOS CONSTITUYENTES



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

Nueva York y Ginebra, 2018

Las solicitudes para reproducir extractos o fotocopiar se deben dirigir al Copyright Clearance Center en copyright.com.

Todas las demás consultas sobre derechos y licencias, incluidos los derechos subsidiarios, se deben dirigir a: Publicaciones de las Naciones Unidas, 300 East 42nd St, New York, NY 10017, Estados Unidos de América.

Correo electrónico: publications@un.org; sitio web: un.org/publications.

Publicación de las Naciones Unidas preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)

Fotografía: © Ververidis Vasilis / Shutterstock.com

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una firma de ese tipo indica una referencia a un documento de las Naciones Unidas.

HR/PUB/17/5

© 2018 Naciones Unidas

Derechos reservados en todo el mundo

Núm. de venta: S.17.XIV.4

eISBN: 978-92-1-362253-7

ÍNDICE

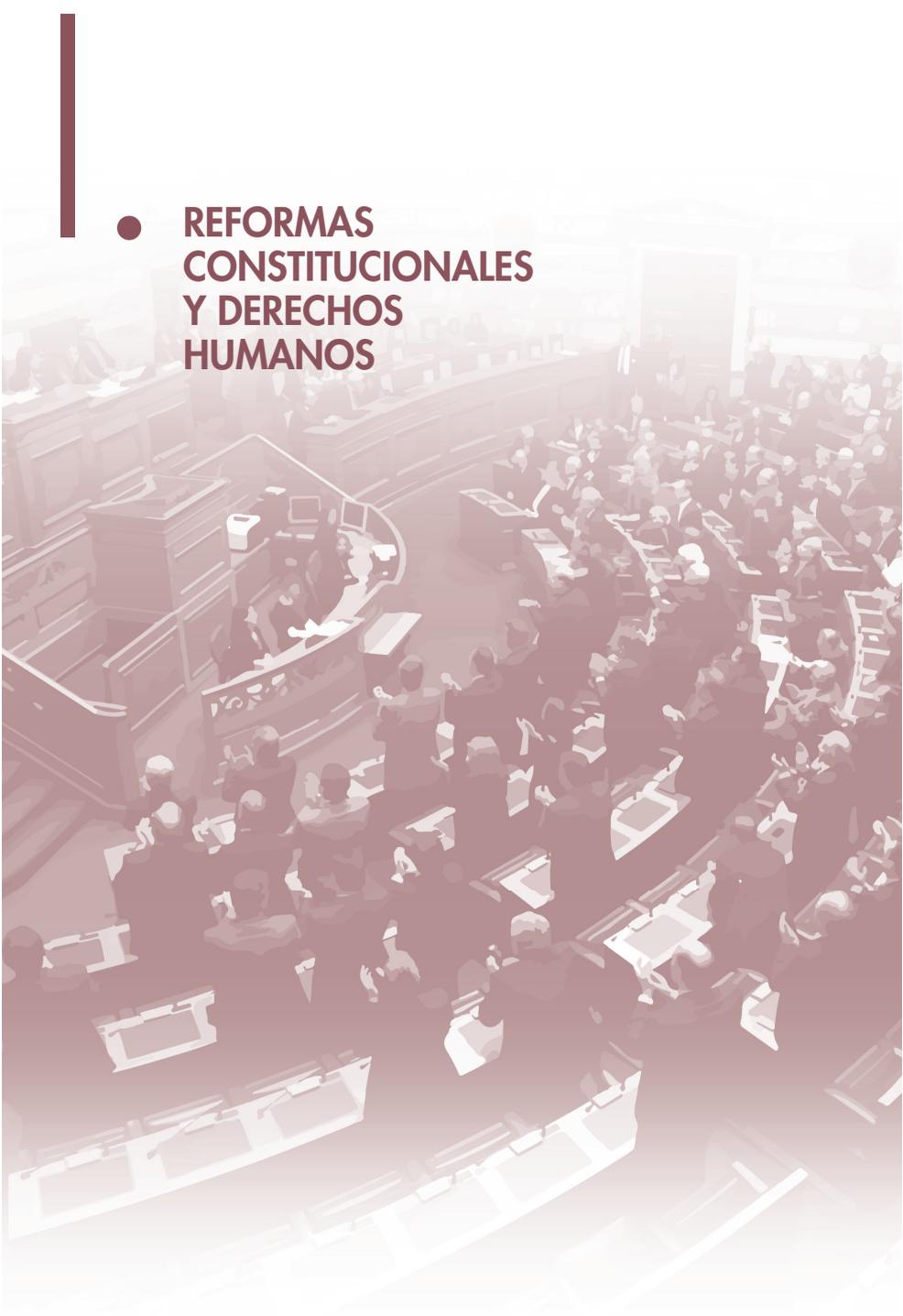
INTRODUCCIÓN	1
I. REFORMAS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS HUMANOS	2
A. ¿Por qué adoptar un enfoque basado en los derechos a la reforma constitucional?	3
1. Planteamiento de la cuestión	3
2. El Estado constitucional	6
3. Funciones de la constitución en el mundo contemporáneo	7
4. La constitución y los sistemas democráticos	8
5. Garantías constitucionales de los derechos fundamentales	10
B. Los derechos humanos y el proceso de reforma constitucional	12
1. Asunción de las reformas constitucionales como propias	13
2. Participación pública en las reformas constitucionales	14
3. El marco de derechos humanos para las reformas constitucionales...	17
II. DECLARACIÓN DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN	22
A. La declaración de derechos constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos	23
1. Derecho internacional de los derechos humanos	23
2. La legislación nacional y su relación con el derecho internacional de los derechos humanos	25
B. La redacción de la declaración de derechos de una constitución: requisitos generales	33
1. Conformidad con las valoraciones predominantes en la sociedad	34
2. El respeto de las normas internacionales de derechos humanos	36
3. Alcance de la formulación de la constitución	38
4. Coherencia interna	39

5. Contenido normativo	40
6. Aplicación y limitaciones.....	44
7. Función de comunicación	47
C. Contenido de la declaración de derechos de la constitución	48
1. El titular de derechos	49
2. Garantes de derechos.....	56
3. Principios fundamentales	62
4. Categorías de derechos y libertades.....	73
5. Admisibilidad de las limitaciones	89
6. La protección de los derechos y los estados de emergencia.....	93
7. Deberes legales de la persona.....	97
D. Garantías institucionales y procesales de los derechos	102
1. Aplicación de la constitución y ejercicio de los derechos humanos	102
2. Salvaguardias institucionales	104
3. Garantías específicas.....	111
4. Acceso a los órganos y procedimientos establecidos en virtud del derecho internacional.....	127
III. EL ACNUDH Y LOS MECANISMOS DE DERECHOS HUMANOS.....	130
A. Contribución de los mecanismos de derechos humanos	131
1. Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los Estados.....	131
2. Protección de los derechos humanos sustantivos.....	134
B. Objetivos, formas y metodología de los programas de asistencia ...	141
C. Asociaciones	145
FUENTES Y REFERENCIAS	147

INTRODUCCIÓN

En muchas partes del mundo, los Estados reforman periódicamente sus constituciones y, en algunos casos, redactan constituciones completamente nuevas. Esto puede ocurrir por diversas razones. Por ejemplo, puede obedecer a un deseo de redefinir la distribución del poder político, idealmente con la finalidad de que la constitución sea más democrática, establezca controles y equilibrios más eficaces y responda mejor a la voluntad del electorado. También puede efectuarse un cambio constitucional después de un período de conflicto para establecer un nuevo orden constitucional y brindar una visión de cómo avanzar para crear una sociedad más equitativa. O puede haber un deseo de actualizar una constitución vigente para que esta responda mejor a los cambios políticos, económicos o sociales de una sociedad. Sea cual fuere el motivo, un aspecto central de toda reforma constitucional es garantizar la promoción, el respeto y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Sócrates escribió que la libertad es la esencia de la democracia. Ello es tan cierto hoy como lo era hace más de 2.000 años, de modo que una buena constitución puede ser de enorme ayuda para proteger esas libertades y sentar las bases de un gobierno democrático.

Esta publicación tiene por objeto asistir al personal de las Naciones Unidas que presta asesoramiento en materia de derechos humanos a los Estados que están por reformar su constitución o redactar una nueva. Asimismo, debería resultar útil a los Estados que efectúan reformas constitucionales, en particular, a los dirigentes políticos, a los responsables de la formulación de políticas y a los encargados de preparar reformas constitucionales o una nueva constitución. También debería resultar útil a la sociedad civil en su labor de velar por que los derechos humanos queden debidamente plasmados en las reformas constitucionales o las nuevas constituciones y por que estas dispongan una protección eficaz de los derechos humanos. Por último, esta publicación, junto con los instrumentos internacionales de derechos humanos, debería no solo servir de pauta para determinar si en las reformas constitucionales o en una nueva constitución han quedado adecuadamente reflejados los derechos humanos y las libertades fundamentales, sino también ayudar a evaluar si los procesos utilizados para reformar la constitución son compatibles con las normas internacionales de procedimiento.



● **REFORMAS
CONSTITUCIONALES
Y DERECHOS
HUMANOS**

A. ¿Por qué adoptar un enfoque basado en los derechos a la reforma constitucional?

1. Planteamiento de la cuestión

¿La constitución garantiza los derechos humanos de la población del país?
¿Las autoridades públicas obran con arreglo a la constitución? Estas son dos de las preguntas más frecuentes al evaluar la situación general de un país y reflejan la importancia central que la constitución tiene en la vida de las personas y los Estados.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos se basa en una estructura jerárquica de normas cuya cima corresponde a la constitución. Toda ley o disposición normativa de un Estado debe ser compatible con la constitución. Si una ley u otra norma aprobada por un Estado es contraria a la constitución, esta debe ser declarada nula y sin efecto por el órgano judicial competente.

Los derechos humanos son centrales en el orden constitucional de los Estados modernos, puesto que no solo determinan las relaciones entre las personas, los grupos y los Estados, sino que son transversales a las estructuras del Estado y los procesos de control y toma de decisiones. Por ello, la declaración de derechos constituye una parte integrante de las constituciones modernas. Al mismo tiempo, la inefectividad de los derechos humanos en el plano nacional, sean estos individuales o, en su caso, colectivos, suele obedecer a deficiencias en la esfera del derecho constitucional.

El vínculo entre los derechos humanos y el orden constitucional democrático comienza con el proceso que conduce a la aprobación de una constitución o una reforma constitucional. Este proceso entrañará resultados positivos y duraderos si cuenta con una participación amplia de todos los sectores de la sociedad, si estos pueden expresar sus opiniones libremente y comunicarse entre sí sin impedimentos por parte de las autoridades, y si sus opiniones son tenidas en cuenta en un marco de procedimientos claros, siempre que los responsables de supervisar el proceso sean justos e imparciales¹. Estas condiciones solo pueden darse si se cumplen las normas de libertad de expresión, en particular el derecho de las personas a manifestar sus opiniones, la libertad de expresión y de prensa, y la libertad de asociación y de reunión.

Actuar con arreglo a la constitución significa hacerlo de conformidad con las libertades fundamentales y los derechos humanos, de una manera justa

¹ Véase Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 25 (1996).

y equitativa. Los funcionarios públicos deben rendir cuentas de todo acto incompatible con la constitución. Esta es una concepción básica según la cual la constitución se percibe como una vara para medir los actos u omisiones de las autoridades públicas y como una garantía definitiva de los derechos y las libertades fundamentales de las personas y los grupos. La constitución se ve como la más alta garantía jurídica del bienestar y los intereses de las personas, así como una herramienta fundamental para configurar la vida en sociedad y organizar el Estado.

Al ser la ley de mayor rango de un país, la constitución ocupa un lugar central en la vida política y social del país y define la relación entre el Estado y la sociedad, así como entre las diferentes funciones del Estado. En etapas turbulentas, la constitución debe garantizar un cierto nivel de estabilidad política y social. Particularmente en las situaciones posteriores a un conflicto, la constitución suele servir como una suerte de plan de paz que, mediante instituciones democráticas y la protección de derechos, debería ayudar a evitar que se produjeran nuevas tensiones y conflictos. En tiempos de transformación democrática, la constitución es una herramienta para introducir cambios en la vida política y social.

La política actual de las Naciones Unidas sobre las reformas constitucionales reconoce plenamente estos vínculos mutuos y complejos. En la nota orientativa del Secretario General sobre la asistencia de las Naciones Unidas en los procesos constituyentes, se señala lo siguiente:

Los procesos constituyentes son un aspecto central de las transiciones democráticas, la consolidación de la paz y la construcción de un Estado. Para las Naciones Unidas, un proceso constituyente es un concepto amplio que puede referirse al proceso de redacción y el fondo de una nueva constitución, así como a las reformas de una constitución vigente. Tanto el proceso como el fondo son decisivos para el éxito de un proceso constituyente. La formulación de una constitución y su proceso de elaboración pueden desempeñar un papel importante en las transiciones políticas pacíficas y la consolidación de la paz después de los conflictos. También pueden cumplir un decisivo papel de prevención. Los procesos constituyentes presentan momentos de gran oportunidad para crear una visión común del futuro de un Estado, y sus resultados pueden tener efectos profundos y duraderos sobre la paz y la estabilidad².

² Página 3.

Según la nota orientativa del Secretario General sobre los procesos constituyentes, las Naciones Unidas deben desarrollar capacidades para apoyar los procesos constituyentes cuando lo soliciten las autoridades nacionales y de transición, proporcionando los conocimientos técnicos y los recursos apropiados. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) ha sido designada como parte de este proceso. Esta publicación ha sido concebida y elaborada específicamente en cooperación con los organismos y los programas de las Naciones Unidas y otros asociados para que el personal de las Naciones Unidas y otros agentes nacionales e internacionales, en particular sobre el terreno, dispongan de una herramienta para prestar una asistencia eficaz en los procesos de reforma constitucional. La presente contribución responde a la observación formulada en la nota orientativa sobre los procesos constituyentes, según la cual la asistencia internacional sobre cuestiones jurídicas y de derechos humanos puede incluir:

Asesoramiento sobre los requisitos de los tratados internacionales de derechos humanos y sus respectivos órganos de tratados, y otras obligaciones internacionales del Estado (por ejemplo, declaraciones de derechos, disposiciones sobre la independencia judicial, el efecto nacional de los tratados internacionales, normas sobre la adquisición y la pérdida de la nacionalidad, constitucionalización de las instituciones nacionales de derechos humanos), incluidas las que se aplican a los nuevos Estados³.

REFORMAS CONSTITUCIONALES

Proceso constituyente: proceso mediante el cual se redacta y se aprueba una nueva constitución.

Revisión constitucional: proceso de examinar y modificar a fondo la constitución, lo cual puede producir, en gran medida, un nuevo texto de la constitución.

Reformas constitucionales: modificar disposiciones puntuales de una constitución, o bien añadirlas a una constitución vigente o eliminarlas de esta (las reformas pueden ser accesorias o de carácter más general).

Las reformas constitucionales por lo general se entienden como cambios en la legislación y la práctica constitucional vigente. Son necesarias cuando los parámetros en los que se basa la vida de la sociedad son inadecuados y suponen un lastre para el funcionamiento eficaz del Estado, o cuando es necesario resolver un conflicto o restaurar estructuras del Estado que se han

³ Página 6.

desmoronado como resultado de un conflicto interno o una agresión. Así pues, las reformas de la legislación constitucional pueden producirse en diferentes contextos: durante la transición de un régimen autocrático a uno democrático; después de un conflicto, cuando se adopta una nueva constitución para instaurar la democracia y construir una paz sostenible; o, en las democracias consolidadas, para impulsar reformas y promover la justicia social.

El fin último de las reformas constitucionales es reconfigurar el ordenamiento del Estado mediante el establecimiento o la modificación de la constitución y sus leyes conexas, como las leyes sobre las instituciones fundamentales del Estado, los derechos humanos y las libertades fundamentales y la legislación electoral. Estas reformas pueden dar buenos resultados si son transparentes e inclusivas, incorporan los elementos esenciales de la democracia y protegen los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Por consiguiente, en todas las situaciones prácticas, es preciso hacerse las siguientes preguntas: ¿Qué tipo de reformas constitucionales se prevé establecer? ¿Cuál es el objetivo final de esas reformas? Se sabe que la legislación constitucional es un poderoso instrumento; sin embargo, la manera en que se utiliza y el tipo de fines con que se supone que debe elaborarse siguen siendo preguntas esenciales. Esta guía se centra en las reformas constitucionales destinadas a fortalecer un Estado democrático constitucional moderno. A continuación, se exponen algunas características básicas de estos Estados.

2. El Estado constitucional

Históricamente, casi todos los países han tenido una constitución que establecía un marco jurídico para el ordenamiento del Estado y determinaba, como mínimo, la fuente de los poderes del Estado y la estructura de sus órganos. Sin embargo, los últimos tres siglos se han caracterizado por el surgimiento de las constituciones escritas, aprobadas, por lo general, en forma de un documento único solemne. En la actualidad, solo existen unas pocas excepciones, como Israel y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde, a falta de un documento único, los asuntos constitucionales son objeto de un conjunto de leyes básicas.

Los Estados democráticos contemporáneos no se detienen en el contenido mínimo de una constitución. En lo que respecta al ejercicio del poder, normalmente establecen: a) una democracia representativa, en ocasiones combinada con algunos aspectos de la democracia directa (en particular,

el referendo); b) la separación de poderes, que incluye en particular un sistema de contrapoderes institucionales entre el legislativo (el Parlamento) y el ejecutivo (el Gobierno), y la independencia del poder judicial; c) el principio del estado de derecho; y d) la responsabilidad y la rendición de cuentas de las autoridades públicas. No obstante, las constituciones contemporáneas no se limitan simplemente a establecer y regular las relaciones entre las instituciones y definir procedimientos formales. Han experimentado un proceso de humanización que sitúa a las personas y los grupos en el centro, incorporando una declaración de derechos y libertades fundamentales como un elemento esencial de la constitución⁴.

Los **Estados constitucionales** modernos se basan en los principios de la democracia, los derechos humanos y el estado de derecho.

3. Funciones de la constitución en el mundo contemporáneo

Desde una perspectiva institucional, la constitución puede compararse con los estatutos sociales que regulan la administración de una organización. Desde una perspectiva democrática, la constitución debería servir como una garantía de los derechos de las personas y un obstáculo para quienes intenten instaurar regímenes autoritarios. Desde una perspectiva política, la constitución determina y legitima a los depositarios del poder soberano y las principales instituciones y procedimientos mediante los cuales se ejerce la soberanía. Desde una perspectiva ética, la constitución refleja los valores fundamentales del Estado y la sociedad. Por último, desde una perspectiva jurídica, la constitución es la ley fundamental de un país y el soporte principal de su ordenamiento jurídico; es la fuente del derecho de mayor jerarquía, lo que significa que las leyes y las demás normas jurídicas deben ajustarse a la constitución, y establece mecanismos básicos para hacer cumplir la ley e interpretarla en casos de violaciones o controversias.

La constitución es uno de los principales factores de la estabilidad política y social del Estado.

⁴ Cabe señalar que no en todas las constituciones se emplea el término “declaración de derechos”; algunas pueden tener diferentes títulos para la sección en la que se enuncian los derechos humanos y las libertades fundamentales. Sin embargo, el término está tan extendido que se utilizará en esta publicación para designar la parte de la constitución que precisa los derechos humanos y las libertades fundamentales de que disfrutarán las personas y los grupos.

Las constituciones modernas se ven a menudo como “contratos sociales” por los que debe regirse la vida de la sociedad. Generalmente, en un país democrático, en principio, más que un contrato entre el Estado y el pueblo, es un contrato entre las personas, que determina la manera en que deben organizarse, conciliar intereses diferentes y configurar el Estado. De cierto modo, estas funciones de la constitución cobran aún más importancia en una sociedad afectada por tensiones y conflictos. En estas situaciones, la constitución, además de proporcionar un conjunto de normas jurídicas, debe establecer un marco operativo para resolver el conflicto en curso y evitar nuevos conflictos, así como los principios y los mecanismos que deben aplicarse para conseguirlo. Varios ejemplos recientes ilustran este punto. Por ejemplo, las negociaciones sobre la resolución de conflictos en Bosnia y Herzegovina, Haití, Nepal, Sudáfrica y Timor Leste demuestran indicios de una visión generalizada de la constitución; en algunos casos, el proceso preparatorio fue un instrumento esencial para abordar las causas profundas del conflicto de manera eficaz y sostenible y para impedir, mediante normas y mecanismos adecuados, que aumentara la tensión y volviera a producirse un conflicto que destruya la vida de la comunidad.

Una constitución basada en los derechos humanos puede ser un instrumento efectivo para prevenir o resolver de manera sostenible un conflicto motivado por la opresión del pueblo por parte del Gobierno.

4. La constitución y los sistemas democráticos

Todas las sociedades se gobiernan de una u otra forma. El propósito de una constitución moderna es proporcionar un marco para una sociedad bien gobernada. Por lo tanto, no es sorprendente que el concepto de buena gobernanza esté basado en los principios esenciales del constitucionalismo moderno. Según el Banco Mundial, “el mejor ejemplo de buena gobernanza es la formulación de políticas predecibles, abiertas y claras (es decir, procesos transparentes); un funcionariado con una profunda ética profesional; un poder ejecutivo que rinda cuentas de sus actos; y una sociedad civil fuerte que participe en los asuntos públicos; y todos ellos actuando con arreglo al estado de derecho”⁵.

⁵ Banco Mundial, *Governance: The World Bank's Experience* (Washington D.C., 1994), pág. VII.

Los principios que se describen en los recuadros que figuran a continuación constituyen un denominador común de la democracia y el constitucionalismo modernos⁶.

Democracia: forma de gobierno en la que la soberanía y, con ello, el derecho a gobernarse, residen en el pueblo de un Estado y son ejercidos de manera directa o por medio de representantes.

Participación: la participación de los destinatarios de las políticas y los programas públicos en la elaboración, gestión y supervisión de dichas políticas y programas, directamente o mediante representantes elegidos libremente.

Separación de poderes: sistema constitucional basado en la separación de los diferentes poderes del Estado (separación horizontal) y, en algunos casos, en la separación de poder entre los diferentes niveles de gobierno (separación vertical), por ejemplo, entre el gobierno central y los gobiernos provinciales o municipales. En el segundo caso, puede haber un reconocimiento de diferentes comunidades nacionales, étnicas, lingüísticas o religiosas. La separación horizontal de poderes tiene por objeto impedir que una rama del Estado se haga con el poder absoluto o abuse del poder que ostenta. Está garantizada por una serie de frenos y contrapesos entre los diferentes poderes del Estado.

Estado de derecho: “principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y criterios internacionales de derechos humanos. También requiere medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la toma de decisiones, seguridad jurídica, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal”. *Guidance Note of the Secretary-General: UN Approach to Rule of Law Assistance* (Nota orientativa del Secretario General sobre el enfoque de las Naciones Unidas de la asistencia sobre el estado de derecho) (abril de 2008), pág. 1.

⁶ *Guidance Note of the Secretary-General on Democracy*, págs. 2 a 8; *Guidance Note of the Secretary-General: UN Approach to Rule of Law Assistance*, págs. 4 a 7; *Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Assistance to Constitution-making Processes*, págs. 4 y 5; resolución 2002/46 de la Comisión de Derechos Humanos.

Transparencia: principio que exige la divulgación de información al público general y la claridad de las normas, reglas y decisiones adoptadas por las autoridades públicas, incluido el acceso de las personas a la información pertinente para ellas (las excepciones a este principio deben establecerse por ley).

Responsabilidad y rendición de cuentas: en un Estado democrático, todos los órganos estatales y los funcionarios públicos tienen la responsabilidad de obrar con arreglo a la constitución y las leyes. Las constituciones también establecen principios de responsabilidad política para las personas que ocupan cargos públicos ante la entidad de la que obtienen su autoridad. Los funcionarios públicos deben rendir cuentas por actos de conducta indebida en el marco de los procedimientos establecidos por la constitución o las leyes que prevén responsabilidad política, legal, o ambos tipos de responsabilidad.

5. Garantías constitucionales de los derechos fundamentales

Las constituciones contemporáneas incluyen una declaración de derechos que determina los derechos de las personas frente al Estado y dentro de la sociedad. No obstante, la función de la declaración de derechos va más allá, pues sirve también como una proclamación de los valores fundamentales en los que se funda la sociedad, como la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la equidad y la justicia. En consonancia con estos valores, los derechos constitucionales ayudan a proteger intereses vitales de las personas, como el derecho a la salud, a la vivienda, a la seguridad personal y a la participación en la dirección de los asuntos públicos.

Además, el desarrollo del constitucionalismo se ha visto marcado por un cambio de paradigma humanista. Al principio se centraba más en su dimensión institucional, particularmente en la organización del Estado y el conjunto de sus órganos, pero hoy el principal aspecto de la vida de la sociedad es la situación de las personas y los grupos, así como el bienestar del pueblo. Por consiguiente, las garantías de los derechos humanos han pasado a ocupar un lugar central en el derecho constitucional. Casi todas las reformas del Estado, ya sea en el ámbito de la economía, la seguridad o la política, han de guiarse por consideraciones relacionadas con los derechos. Esta no es una obligación onerosa. Al acometer una reforma constitucional o aprobar una nueva constitución, se deben establecer claramente los derechos humanos y las garantías procesales que faciliten su ejercicio.

Las declaraciones de derechos constitucionales y otros mecanismos y procedimientos conexos pueden desempeñar un papel importante en las

sociedades devastadas por los conflictos, así como en las que afrontan desafíos de desarrollo. Estas deben determinar los valores que habrán de tenerse en cuenta y protegerse en caso de que haya intereses contrapuestos, y la manera en que se puede establecer un equilibrio entre los distintos valores e intereses, así como entre la voluntad de la mayoría y los derechos de las minorías. Una declaración de derechos constitucionales que se redacte de esta forma, se observe y se aplique durante cierto tiempo, por lo general no solo se convierte en un mecanismo de protección eficaz para las personas, sino en la columna vertebral de una sociedad democrática y armoniosa. Como lo destacó el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo:

Un enfoque basado en los derechos humanos arroja resultados mejores y más sostenibles analizando y combatiendo la desigualdad, las prácticas discriminatorias y las relaciones de poder injustas que a menudo entrañan los problemas de desarrollo. Pone las reivindicaciones y las reclamaciones relativas a los derechos humanos internacionales de las personas [los “titulares de derechos”] y las correspondientes obligaciones del Estado [el “garante de derechos”] en el centro del debate nacional sobre el desarrollo, y esclarece la finalidad del desarrollo de la capacidad⁷.

Ya que, con algunas excepciones, los conflictos contemporáneos son de carácter interno, abordar las causas de las violaciones de los derechos humanos a tiempo y de manera efectiva puede reducir drásticamente el número de víctimas y, con ello, el grado de sufrimiento humano. Las reformas constitucionales no son solo una herramienta importante: en la mayoría de los casos, son indispensables.

Es preciso resaltar la siguiente cuestión en este contexto: puesto que las violaciones de derechos humanos a gran escala cuentan entre las causas más comunes de los conflictos internos, una declaración de derechos constitucionales, junto con sus mecanismos y procedimientos de protección, que recoja las aspiraciones y los intereses de todas las partes, es uno de los instrumentos más efectivos, si se aplica correctamente, para restaurar la paz e impedir que se produzcan nuevos conflictos.

⁷ Equipo de las Naciones Unidas en Viet Nam, “Human rights and the human rights-based approach”. Puede consultarse en www.un.org.vn/en/what-we-do-mainmenu-203/cross-cutting-themes-human-rights.html.

Pero también cabe señalar otra cuestión. Algunas constituciones plantean la relación entre las personas y el Estado enunciando los deberes del Estado más que declarando una serie de derechos individuales. Como se explica en más detalle más adelante, los derechos humanos generan deberes por parte del Estado, pero el contenido de las disposiciones constitucionales no debe limitarse a ello. De momento no se analizará este asunto con mayor detalle, pero sí merece la pena resaltar que, en vista de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el empoderamiento y la protección de las personas debe basarse en el reconocimiento de las personas como titulares de derechos, y no como beneficiarios de servicios del Estado.

FLASH

Una reforma constitucional basada en los derechos humanos significa que el proceso de reforma se enmarca en los derechos humanos y que las normas, principios y garantías de derechos humanos se sitúan en el centro de la constitución del Estado.

B. Los derechos humanos y el proceso de reforma constitucional

Los aspectos de derechos humanos del proceso de reforma constitucional deben ser incorporados en el marco jurídico y las disposiciones organizativas para la elaboración de una nueva constitución o de nuevas disposiciones constitucionales. Dependiendo de las circunstancias en que se realizan estas reformas, pueden aprobarse leyes específicas sobre procesos constituyentes o revisiones constitucionales, o bien aplicarse las normas pertinentes de la constitución vigente. Cuando las reformas tienen un alcance relativamente limitado, por lo general se encomiendan al Parlamento. Sin embargo, en los casos en que se redacta una constitución nueva o se efectúa una revisión a gran escala, en muchas ocasiones se disponen medidas particulares, como el establecimiento de una comisión constitucional integrada por diversos actores sociales para que elabore un proyecto de constitución. La nota orientativa del Secretario General sobre la asistencia de las Naciones Unidas en los procesos constituyentes contiene información importante sobre la elección del momento y las distintas fases del proceso de elaboración de una nueva constitución. Sin embargo, hay que reconocer que cada situación es única y, por tanto, debe

abordarse partiendo de esa premisa. Esta sección se centra concretamente en las partes del proceso de elaboración de una nueva constitución o de nuevas disposiciones constitucionales que tienen consecuencias significativas para los derechos humanos. También puede extraerse información útil de la metodología del enfoque basado en los derechos humanos, en particular durante la preparación del proceso de reforma⁸.

1. Asunción de las reformas constitucionales como propias

Un principio fundamental de todo Estado democrático es que las personas tienen el derecho de libre determinación, tal como se define en el artículo 1 de ambos pactos internacionales de derechos humanos.

Artículo 1 de ambos pactos internacionales de derechos humanos

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Este artículo significa que la población de un país debe asumir las reformas constitucionales como propias. Puede contar con el apoyo de asociados internacionales o bilaterales, así como expertos internacionales, pero, a fin de cuentas, no debe ser sustituida en el ejercicio de sus derechos soberanos por quienes son llamados a prestar asistencia. Las disposiciones organizativas en torno de este proceso deben, por tanto, asegurar el carácter inclusivo del mismo y mitigar el peligro de marginar a determinados grupos o comunidades. Además de este principio general, existen por lo menos tres factores concretos que explican la importancia crucial de que la población se identifique con la reforma constitucional, a saber:

- El efecto general de la constitución en la vida del país.
- El papel de la constitución en la consolidación de la sociedad en torno de valores y principios comunes de gobernanza.
- El hecho de que la eficacia de la constitución, así como de los sistemas políticos y jurídicos que se fundan en ella, dependen de que el pueblo reconozca que la constitución es un producto de su voluntad y refleja sus valores, intereses y aspiraciones.

⁸ Véase el capítulo 1, sección A.5, de esta publicación.

Las Naciones Unidas deben reconocer que los procesos constituyentes son procesos nacionales y soberanos y que, para que prosperen, deben ser impulsados y sentidos como propios por la población nacional. [...] Las opciones y el asesoramiento que se proporcionen deben elaborarse cuidadosamente para adaptarse al contexto local, y debe reconocerse que no existe una “talla única” de modelo o proceso constituyente, y que dicho modelo o proceso debe implicar a las entidades oficiales, los partidos políticos, la sociedad civil y el público en general.

Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Assistance to Constitution-making Processes (Nota orientativa del Secretario General sobre la asistencia de las Naciones Unidas en los procesos constituyentes) (abril de 2009), pág. 4.

Dos fenómenos, que pueden ocurrir al mismo tiempo o de manera separada, pueden menoscabar este sentido de propiedad: en primer lugar, la desvinculación de la población de este proceso mediante el monopolio de las reformas constitucionales por una élite política, el ejército, el poder ejecutivo, una tribu, un grupo étnico, una comunidad o cualquier otro actor o actores nacionales; en segundo lugar, si el proceso está dominado por poderes externos, sea un Estado patrocinador o una organización internacional. Quienes administran los programas internacionales de asistencia y los expertos internacionales deben tener muy en cuenta el segundo riesgo. Incluso actuando de buena fe, pero decididos a conseguir resultados y preocupados por apegarse a lo que, a su juicio, es la experiencia universal, pueden tender a ignorar las prioridades, sensibilidades, tradiciones y necesidades locales. Si esto sucede, la reforma constitucional puede ser percibida fácilmente como una suerte de imposición externa y, como mínimo, ser rechazada emocionalmente. Por lo tanto, es esencial que existan procedimientos y procesos efectivos para que la población de un país no solo tenga la última palabra sobre el texto de la constitución, sino que además participe debidamente en las etapas fundamentales del proceso constituyente. Este enfoque no pone en duda la importancia de la contribución que los agentes internacionales o regionales, en particular las Naciones Unidas, pueden hacer a las reformas constitucionales, prestando asistencia para el fomento de la capacidad y facilitando el diálogo entre los interlocutores nacionales, de ser necesario.

2. Participación pública en las reformas constitucionales

El éxito de una reforma constitucional depende en gran medida del apoyo que reciba de los diferentes sectores de la sociedad. Múltiples ejemplos

demuestran que las reformas constitucionales se ven beneficiadas por la participación del público general y que no deberían delegarse por completo en los políticos, pues la responsabilidad compartida de este proceso es un importante valor en sí mismo. Sin embargo, es igualmente importante el extraordinario aporte que pueden hacer los diferentes actores sociales. Las experiencias recientes en muchos países confirman que la idea de la participación popular en las reformas constitucionales está adquiriendo un amplio reconocimiento. La elección de la modalidad de participación pública dependerá de la situación sobre el terreno y, más concretamente, de las tradiciones constitucionales del país, la particularidad de la situación política y el propio proceso constituyente.

Para abordar esta cuestión de una manera sistemática, es necesario diferenciar entre la redacción de la constitución y su aprobación propiamente dicha. Con respecto a la aprobación, el voto de los ciudadanos del país (mediante un referendo) se ha convertido recientemente en una práctica más generalizada. Existen en rigor tres modalidades: a) la aprobación por referendo de una constitución o una reforma constitucional; en el caso de una reforma puntual de una constitución vigente, la celebración de un referendo es un tanto menos común; b) la aprobación por referendo de una constitución o una reforma constitucional amplia ya aprobada por el Parlamento o por una Asamblea constituyente establecida específicamente para elaborar y aprobar la constitución; o c), como medida complementaria a lo anterior, la elección por referendo de algunas soluciones constitucionales básicas antes de que la Asamblea o el Parlamento aprueben la constitución o una reforma constitucional (como en el caso de un cambio importante en el sistema electoral).

La redacción de una constitución, que en la mayoría de los casos se encomienda fundamentalmente a políticos y expertos, debe estructurarse de tal manera que las aportaciones de diferentes partes de la sociedad puedan realizarse sin impedimentos y ser tomadas debidamente en consideración. Para ello, además de canales de comunicación, es necesario establecer otras capacidades organizativas. Además, es imprescindible que el proceso de redacción propicie un debate libre y a fondo sobre diversas posibilidades de soluciones constitucionales que provengan de diferentes sectores de la sociedad. Por último, es importante que diferentes segmentos del electorado tengan derecho a participar en el debate y a presentar propuestas, y que cuenten con el estímulo y los medios necesarios para hacerlo.

La implicación nacional debería incluir “a los actores oficiales, los partidos políticos, la sociedad civil y la población en general”, y se debería dar voz a “los defensores de derechos humanos, las asociaciones de profesionales del derecho, los medios de comunicación y otras organizaciones de la sociedad civil, incluidas las que representen a las mujeres, los niños, las minorías, los pueblos indígenas, los refugiados, y las personas apátridas y desplazadas, y los trabajadores y las empresas” en procesos inclusivos y participativos de preparación de una constitución.

Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Assistance to Constitution-making Processes (Nota orientativa del Secretario General sobre la asistencia de las Naciones Unidas en los procesos constituyentes) (abril de 2009), pág. 4.

Los responsables del proceso de redacción, así como sus asesores, tienen que ser conscientes de que la participación pública debe servir para optimizar el resultado. Aunque se podría aducir que la participación puede considerarse un valor importante en sí mismo, es conveniente proceder con cautela, pues los procedimientos participativos que son demasiado complicados pueden ser objeto de manipulación, retrasar considerablemente el proceso de reforma constitucional o, incluso, en casos extremos, utilizarse indebidamente con el fin de obstruir el proceso. Esto significa que debe establecerse un marco organizativo eficaz para la participación pública con el fin de garantizar que la redacción de una constitución progrese de manera fluida y eficaz. En caso de conflictos en curso o tensiones imprevisibles, debe prestarse especial atención a los riesgos de seguridad, que pueden limitar el nivel y el alcance de las consultas. En tales condiciones, un proceso participativo concebido erróneamente puede poner en peligro las reformas previstas, no ser forzosamente representativo y suponer un grave peligro para los participantes. Los principales argumentos a favor de la participación pública son los siguientes:

- Una constitución tiene el mayor grado de legitimidad política si es fruto de la participación de la población.
- Un orden constitucional establecido con la participación de diversos sectores de la sociedad cuenta con apoyo público y puede verse impulsado por la participación de diferentes grupos en los asuntos públicos.
- Si la constitución es parte de un proceso de paz, la participación de las partes en conflicto puede ser uno de los medios más eficaces para hacer frente al pasado de violencia y resolver los problemas existentes para evitar que se produzca un nuevo estallido de violencia.

El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que el derecho de los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos públicos comprende los procesos constitucionales. También ha reconocido que los requisitos para la efectividad de este derecho es que importantes grupos de la sociedad estén representados y puedan participar⁹.

Preámbulo de la Constitución provisional de Nepal de 2007

Reconociendo el mandato del pueblo nepalés expresado, en diversas ocasiones, desde antes de 1951 hasta la fecha, mediante luchas históricas y movimientos populares para la democracia, la paz y el progreso;

Habiendo decidido acometer una reestructuración progresiva del Estado para resolver los problemas existentes del país relativos a la clase, la casta, la región y el género;

Expresando nuestro pleno compromiso con las normas y los valores democráticos y, en particular, con un sistema de gobierno democrático, multipartidista y competitivo, y con las libertades civiles, los derechos fundamentales, los derechos humanos, el sufragio adulto, la celebración de elecciones periódicas, la plena libertad de prensa, la independencia del poder judicial y el estado de derecho;

Garantizando los derechos básicos del pueblo nepalés de establecer una constitución por sí mismo y participar en la elección libre e imparcial de la Asamblea Constituyente en un entorno libre de temores.

3. El marco de derechos humanos para las reformas constitucionales

Todos los procesos democráticos requieren el respeto y la protección de los derechos humanos. Esto debe ser así, por ejemplo, en las elecciones y los referendos; de lo contrario, su celebración y, lo que es más importante, sus resultados, podrían diferir sustancialmente de las opciones preferidas por la población. Las reformas constitucionales no son diferentes en este respecto; los derechos humanos deben ser respetados y protegidos durante el proceso. Por ello, los órganos establecidos para organizar y efectuar reformas constitucionales, así como los otros actores que participan en los procesos de reforma, deben asignar suma importancia a la situación de los derechos humanos.

En este sentido son esenciales los derechos humanos que permiten que las personas se comuniquen, se reúnan y se organicen. Por lo tanto, debe prestarse especial atención a la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad

⁹ Comunicación núm. 205/1986, *Marshall c. el Canadá* [CCPR/C/43/205/1986].

de asociación. Sin embargo, para que las personas puedan participar, no basta solo con que estos derechos sean respetados: también deben ser protegidos efectivamente por el Estado contra todo ataque procedente de cualquier actor, sea público o privado.

Además de los grupos mencionados en la nota orientativa del Secretario General sobre los procesos constituyentes, también correspondería tener en cuenta la representación de las personas con discapacidad y las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos. La mayoría de estos grupos, si no todos, suelen encontrar sus derechos o políticas propuestas plasmados en un proyecto de constitución.

Las Naciones Unidas deben hacer todo lo posible por apoyar y promover procesos constituyentes inclusivos, participativos y transparentes, teniendo en cuenta el contraste de experiencias y los efectos de la inclusividad y una participación significativa en la legitimidad de las nuevas constituciones.

Nota orientativa del Secretario General sobre la asistencia de las Naciones Unidas en los procesos constituyentes (abril de 2009), pág. 4.

Artículo 13 de la Constitución de Malawi, modificada en 2010

El Estado promoverá activamente el bienestar y el desarrollo del pueblo de Malawi adoptando y aplicando progresivamente políticas y leyes destinadas a conseguir los siguientes objetivos:

...

g) Personas con discapacidad

Promover la dignidad y la calidad de vida de las personas con discapacidad, proporcionándoles:

- i) un acceso adecuado y adaptado a los lugares públicos;*
- ii) oportunidades de empleo equitativas; y*
- iii) la mayor participación posible en todas las esferas de la sociedad de Malawi.*

Artículo 81 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 2009

Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades [...]. El Estado [...] le garantizará el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promoverá su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley.

Artículo 11 de la Constitución de Suiza de 1999 (“Protección de los niños y de los jóvenes”)

1. Los niños y los jóvenes tienen derecho a una protección especial de su integridad y al fomento de su desarrollo.
2. Estos pueden ejercer sus derechos personalmente en la medida en que lo permita su capacidad de discernimiento.

Artículo 28 de la Constitución de Sudáfrica de 1996

- 1) Todo niño tiene derecho:
 - a) a tener un nombre y una nacionalidad desde el nacimiento;
 - b) al cuidado de la familia o los padres, y a una modalidad alternativa de cuidado adecuada si es separado de su entorno familiar;
 - c) a una alimentación básica, alojamiento, servicios básicos de atención de la salud y servicios sociales;
 - d) a ser protegido contra el maltrato, el descuido, el abuso o la humillación;
 - e) a ser protegido contra la explotación laboral;
 - f) a no ser obligado a realizar tareas o prestar servicios, ni que ello se permita, cuando:
 - i) no sea apropiado para un niño de su edad; o
 - ii) ello suponga un riesgo para su bienestar, educación, salud física o mental, o desarrollo espiritual, moral o social;
 - g) a no ser privado de su libertad excepto como medida de último recurso, en cuyo caso, además de los derechos que le corresponden en virtud de los artículos 12 y 35, el niño solo podrá ser detenido durante el período de tiempo adecuado más breve posible, y tendrá derecho a:
 - i) estar separado de los detenidos mayores de 18 años; y
 - ii) ser tratado y retenido en unas condiciones que tengan en cuenta su edad;
 - h) a los servicios de un abogado de oficio asignado por el Estado en los procedimientos civiles que lo afecten si, de lo contrario, pudiera producirse una injusticia sustancial; y
 - i) a no ser utilizado directamente en conflictos armados y a recibir protección en tiempos de conflicto armado.
- 2) El interés superior del niño reviste importancia primordial en toda cuestión relativa a los niños.
- 3) En esta sección, se entiende por “niño” toda persona menor de 18 años.

Además, deben hacerse efectivos, lo cual significa que quienes quieran participar en un proceso constituyente deben estar realmente habilitados para hacerlo, por ejemplo, expresando sus opiniones en los medios de comunicación, Internet u otros medios, haciendo campaña a favor de sus propuestas en reuniones públicas y teniendo la libertad de asociarse con otros. En lo posible, las autoridades deben facilitar estas acciones. Por último, deben existir procedimientos para que quienes se sientan excluidos del proceso o consideren que sus derechos han sido vulnerados puedan recurrir a vías legales para que se restituyan sus derechos y obtener reparación.

En algunos países, se han aprobado leyes específicas que rigen el establecimiento del proceso de reforma constitucional. Si el entorno político es respetuoso en general de los derechos humanos, la ley puede centrarse únicamente en los arreglos específicos para este proceso. De lo contrario, las garantías de los derechos humanos, en particular, los recursos legales y mecanismos institucionales correspondientes para recibir denuncias, deben incluirse en la ley sobre la reforma constitucional.

Parte del marco de derechos humanos para las reformas constitucionales debe consistir en la creación de condiciones que permitan que el proceso de redacción y el contenido de la constitución atiendan las necesidades de los grupos que requieren una protección jurídica específica. Para ello, es necesario tomar las disposiciones necesarias para garantizar una representación efectiva de esos grupos en los debates previos a la aprobación o la reforma de una constitución.

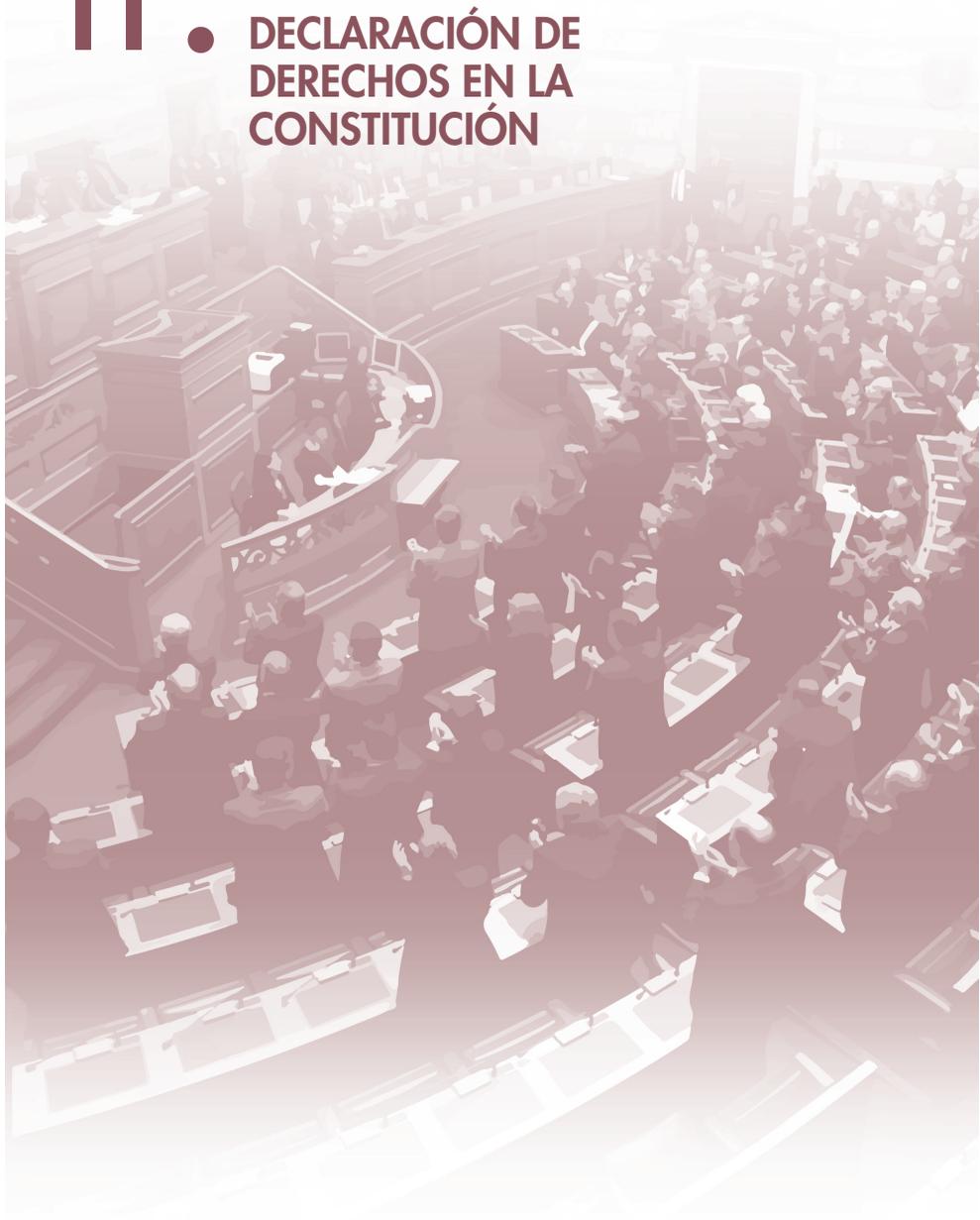
La siguiente lista de verificación no exhaustiva, basada en la nota orientativa del Secretario General sobre los procesos constituyentes, puede resultar útil en este sentido:

- Mujeres
- Niños
- Minorías (que incluirían las minorías nacionales, étnicas, lingüísticas y religiosas)
- Pueblos indígenas
- Refugiados
- Apátridas y desplazados

- Trabajadores
- Empresas
- Defensores de los derechos humanos
- Asociaciones de profesionales del derecho
- Medios de comunicación



● DECLARACIÓN DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN



A. La declaración de derechos constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos

1. Derecho internacional de los derechos humanos

Uno de los criterios esenciales que deben aplicarse al redactar una declaración de derechos constitucionales o introducir reformas a la constitución es la observancia de las normas internacionales de derechos humanos. El corpus del derecho internacional de los derechos humanos ha sido extensamente desarrollado desde la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y tiene sus raíces en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que goza de un amplio reconocimiento como una fuente del derecho internacional consuetudinario y es, por tanto, jurídicamente vinculante. La Declaración Universal de Derechos

Las Naciones Unidas deben promover constantemente que las constituciones guarden conformidad con los derechos humanos internacionales y otras normas y principios. Por lo tanto, deben pronunciarse cuando un proyecto de constitución no se ajusta a esas normas, especialmente en lo que respecta a la administración de justicia, la justicia de transición, los sistemas electorales y demás cuestiones constitucionales. Las Naciones Unidas deben defender las normas que han ayudado a desarrollar.

Nota orientativa del Secretario General sobre la asistencia de las Naciones Unidas en los procesos constituyentes (abril de 2009), pág. 4.

Humanos ofrece una base normativa para la evaluación de los sistemas jurídicos, las políticas y las prácticas de todos los Estados en el marco del examen periódico universal realizado por el Consejo de Derechos Humanos.

Hay nueve tratados internacionales fundamentales de derechos humanos, así como un número significativo de otros tratados internacionales directamente relacionados con los derechos humanos. Los Estados que han ratificado estos tratados están obligados a aplicarlos mediante medidas legislativas y de otra índole y a presentar informes sobre su aplicación.

Tratados fundamentales de derechos humanos

- 1965** Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
- 1966** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- 1966** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- 1979** Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- 1984** Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- 1989** Convención sobre los Derechos del Niño
- 1990** Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
- 2006** Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- 2006** Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

No obstante, las normas internacionales de derechos humanos no se establecen únicamente por medio de tratados jurídicamente vinculantes; numerosas declaraciones y otras resoluciones aprobadas por la Asamblea General contribuyen al establecimiento de esas normas. A pesar de no ser jurídicamente vinculantes, estos documentos, que constituyen el cuerpo del "derecho indicativo"¹⁰, tienen una gran fuerza moral y política. Por lo tanto, su aplicación también debe guiar la legislación y la práctica nacional. Cabe señalar que los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos a menudo aluden a las normas establecidas por el derecho indicativo en la interpretación de sus respectivas convenciones.

Todos los Estados son partes en algunos tratados fundamentales de derechos humanos o en todos ellos. El 10 de enero de 2018, 169 países habían ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 166, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 196, la Convención sobre los Derechos del Niño; 189, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la

¹⁰ Declaraciones, principios, directrices, normas o códigos de conducta aprobados por los órganos de las Naciones Unidas en resoluciones.

Ejemplos de “normas indicativas” relativas a los derechos humanos

- 1979** Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley
- 1981** Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones
- 1986** Declaración sobre el Derecho al Desarrollo
- 1992** Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas
- 1993** Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales (Principios de París)
- 2005** Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones
- 2007** Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- 2015** Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)

Mujer; y 179, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Al ratificar los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados se obligan jurídicamente con arreglo al derecho internacional a ajustar su legislación, políticas y prácticas a las normas consagradas en esos instrumentos. Ello implica que el derecho o la legislación constitucional del país debe ajustarse a las normas internacionales de derechos humanos que hayan sido ratificadas.

2. La legislación nacional y su relación con el derecho internacional de los derechos humanos

Además de proporcionar una orientación general a los legisladores nacionales, las normas internacionales de derechos humanos deben verse como un criterio para evaluar las soluciones jurídicas, prácticas y de políticas adoptadas a nivel nacional. En cuanto a la legislación nacional, es deber del Estado:

- Velar por que el derecho interno en todos los niveles guarde conformidad con las normas internacionales de derechos humanos consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales ratificados.
- Guiarse por los instrumentos internacionales de derechos humanos no vinculantes adoptados por los órganos competentes de la comunidad internacional.

Conformidad: la ausencia de contradicción entre una ley de rango inferior y una de rango superior.

¿Significa esto que todas las normas internacionales de derechos humanos deberían estar plasmadas directamente en una declaración de derechos constitucionales? Ello sería un objetivo difícil de alcanzar, dado que en la actualidad hay nueve tratados internacionales fundamentales de derechos humanos, algunos de los cuales recogen un gran número de derechos. Al prestar asesoramiento a un órgano constituyente, deben considerarse los siguientes aspectos:

- Ni el derecho internacional, en general, ni los tratados de derechos humanos, en particular, prescriben en términos precisos la manera en que las normas internacionales de derechos humanos deben recogerse en el derecho interno. Incumbe a cada país decidir los métodos que se utilizarán para ajustar sus leyes a dichas normas. La posibilidad de que algunos derechos enunciados en los instrumentos internacionales queden plasmados en una constitución y otros en la legislación está contemplada en las disposiciones de los instrumentos de derechos humanos (véase, por ejemplo, el artículo 2 de ambos pactos internacionales de derechos humanos).
- Sin embargo, al considerar distintas maneras de garantizar la conformidad del derecho interno con las normas internacionales de derechos humanos, todos los Estados Miembros deben guiarse no solo por la letra de las disposiciones legales, sino por el principio general adoptado por

Sección 1, párrafo 1, de la Declaración y Programa de Acción de Viena. Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos.

los Estados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 de que la protección y la promoción de los derechos humanos “es responsabilidad primordial de los gobiernos”¹¹. Esto puede interpretarse como la obligación del Estado de hacer lo posible —en otras palabras, tomar las medidas óptimas— para aplicar las normas internacionales de derechos humanos. En el derecho interno, ello significa que la fuente del derecho de mayor rango —que, en casi todos los países, es la constitución— debe garantizar estos derechos, pues ello es lo que permite que todo el cuerpo de leyes del país guarde conformidad con el derecho internacional. Así pues, muchas declaraciones de derechos contemporáneas prevén un gran número de derechos humanos proclamados en los tratados internacionales de derechos humanos.

- Además, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 dispone en su artículo 26 que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Esto significa que una parte en un tratado de derechos humanos no puede justificar un eventual incumplimiento invocando sus normas jurídicas internas, incluida la constitución.

Entonces, de esta manera, ¿puede la constitución proclamar la conformidad de la legislación nacional con las normas internacionales de derechos humanos? A efectos de la presente publicación, pueden identificarse las siguientes opciones, que no son excluyentes entre sí:

- Incorporar en la constitución determinados derechos humanos y libertades fundamentales que se recogen en los instrumentos internacionales de derechos humanos.
- El reconocimiento explícito en la constitución de la fuerza vinculante de los instrumentos internacionales de derechos humanos que el Estado haya ratificado en el ordenamiento jurídico interno.

Referencias generales

Algunas constituciones hacen referencia, por ejemplo, en el preámbulo o en su propia declaración de derechos, a la Declaración Universal de Derechos

¹¹ Declaración y Programa de Acción de Viena, sección 1, párrafo 1.

Humanos, a los instrumentos regionales y a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el país correspondiente.

Aunque un tanto vagas, esas referencias pueden convertirse en un vehículo para utilizar esas normas e instrumentos en la interpretación de toda la constitución y, en consecuencia, proporcionar orientación a los órganos legislativos, así como a los tribunales y a la Administración.

Preámbulo de la Constitución de Burundi de 2005

Proclamando nuestro compromiso con el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, de 16 de diciembre de 1966, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 18 de junio de 1981.

Artículo 31 de la Constitución de Camboya de 1993

El Reino de Camboya reconocerá y respetará los derechos humanos a tenor de la definición de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los pactos y convenciones sobre derechos humanos, derechos de la mujer y derechos del niño.

Reconocimiento de la fuerza vinculante de los instrumentos internacionales de derechos humanos

Un número considerable de constituciones aprobadas recientemente confieren al derecho internacional un carácter vinculante dentro del ordenamiento jurídico interno. Esta medida trasluce una clara tendencia del constitucionalismo contemporáneo en todas las regiones, consistente en abrir el ámbito nacional al derecho internacional y asegurar que aquel sea conforme con este. Hay diferentes maneras de hacerlo, en particular incorporando el derecho internacional al ordenamiento jurídico nacional. La elección de una opción concreta depende del sistema jurídico adoptado en un país concreto, así como de sus tradiciones y cultura en el

La **incorporación** de las normas internacionales en la legislación nacional, que puede tener lugar en diferentes formas, hace que sean aplicables de forma directa por los órganos administrativos y los tribunales. En muchas constituciones recientes, las normas internacionales prevalecen sobre el derecho interno en caso de conflicto.

ámbito jurídico¹². No obstante, un número cada vez mayor de constituciones asigna una fuerza vinculante directa en el ordenamiento jurídico interno a los tratados internacionales ratificados por el Estado y por lo general sitúan dichos tratados, dentro de la jerarquía de las fuentes internas de derecho, en una categoría más elevada que la legislación. En estos casos, la ratificación de un tratado suele requerir el consentimiento previo del Parlamento.

En general, la influencia que tienen los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno es consecuencia de la posición general del derecho internacional. Desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos, es muy deseable velar por que las normas internacionales tengan una repercusión máxima en el plano nacional a fin de lograr al menos los siguientes objetivos:

- Que, en caso de incompatibilidad entre la legislación nacional y las normas internacionales de derechos humanos, prevalezcan estas últimas.
- Que, en caso de existir un vacío legislativo en el ordenamiento jurídico interno, los tribunales y las autoridades administrativas puedan aplicar las normas internacionales de derechos humanos, si la protección del titular de derechos lo hace indispensable.

En los órganos creados en virtud de tratados se ha afirmado reiteradamente que la incorporación de los instrumentos de derechos humanos en el ordenamiento jurídico nacional es importante para la aplicación de dichos instrumentos a nivel nacional. A este respecto, las opiniones formuladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen que “aunque el Pacto no obligue formalmente a los Estados a incorporar sus disposiciones a la legislación interna, esta solución es aconsejable. La incorporación directa evita los problemas que podrían derivarse de la traducción de las obligaciones del tratado para incluirlas en la legislación

¹² El derecho internacional establece una diferencia entre los enfoques monista y dualista de la aplicación del derecho internacional en el plano nacional. En el primer caso, los tratados internacionales no requieren ningún acto jurídico interno para pasar a ser vinculantes a nivel nacional si son de aplicabilidad inmediata; es decir, pueden aplicarse directamente en el derecho interno, sin ninguna ley de aplicación. En el segundo caso, para convertirse en vinculantes a nivel interno, los tratados deben “transformarse” en derecho interno mediante un acto legislativo nacional. Para más información sobre este tema, véase el capítulo III, sección A.1.

Artículo VI de la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de América

Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

Artículo 91 de la Constitución de Polonia de 1997

- 1. Después de su publicación en el Diario de las Leyes de la República de Polonia (Dziennik Ustaw), el tratado internacional ratificado formará parte del ordenamiento jurídico interno y se aplicará directamente, salvo que su aplicación necesite la publicación de una ley.*
- 2. Un tratado internacional ratificado con el consentimiento previo concedido por ley primará sobre las leyes si dicho tratado no se puede conciliar con las previsiones legales.*
- 3. Si el tratado por el que se establece una organización internacional, ratificado por la República de Polonia, así lo prevé, las leyes promulgadas por esta serán directamente aplicables y primarán en caso de conflicto de leyes.*

Artículo 15 de la Constitución de la Federación de Rusia de 1993

- 4. Los principios y normas del derecho internacional generalmente reconocidos y los tratados internacionales de la Federación de Rusia son parte integrante de su sistema jurídico. Si un tratado internacional de la Federación de Rusia fija reglas distintas a las estipuladas por una ley, se aplicarán las normas del tratado internacional.*

Constitución de los Países Bajos de 2002

Artículo 91

- 1. El Reino no quedará vinculado por tratados y estos no podrán ser denunciados sin la aprobación previa de los Estados Generales. La ley determinará los casos en que no se requiera tal aprobación.*
- 2. La ley regulará el procedimiento de la prestación de aprobación, pudiendo también prever la aprobación tácita.*
- 3. Cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos.*

Artículo 94

Los preceptos legales en vigor dentro del Reino no serán de aplicación, si la aplicación de los mismos fuere incompatible con estipulaciones de tratados y de acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público que obliguen a toda persona.

nacional, y permite a los interesados invocar directamente los derechos reconocidos en el Pacto ante los tribunales nacionales. Por estas razones, el Comité recomienda firmemente la adopción formal del Pacto o su incorporación a la legislación nacional”¹³. El Comité de Derechos Humanos adoptó una posición similar: “las garantías del Pacto pueden recibir una mayor protección en los Estados en los que automáticamente o por medio de una incorporación concreta pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno. El Comité invita a los Estados partes en los que el Pacto no forma parte del orden jurídico interno, que consideren la conveniencia de que el Pacto pase a formar parte del derecho interno para facilitar la plena realización de los derechos del Pacto tal como se exige en el artículo 2”¹⁴.

En las constituciones contemporáneas pueden encontrarse los siguientes enfoques jurídicos alternativos:

- Los instrumentos internacionales tienen fuerza obligatoria en el ordenamiento jurídico nacional.

Artículo 5 de la Constitución de Andorra de 1993

La Declaración Universal de Derechos Humanos es vinculante en Andorra.

Preámbulo de la Constitución de Benin de 1990

Nosotros, el pueblo de Benin, ... Reafirmamos nuestro compromiso con los principios de la democracia y los derechos humanos, tal como se definen en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada en 1981 por la Organización de la Unidad Africana y ratificada por Benin el 20 de enero de 1986, cuyas disposiciones forman parte integrante de esta Convención y tienen un valor superior al de la legislación nacional.

- En caso de incompatibilidad con la legislación nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos deben prevalecer sobre aquella.

¹³ Observación general núm. 9 (1998), párrafo 8.

¹⁴ Observación general núm. 31 (2004), párrafo 13.

Capítulo cuarto de la Constitución de Argentina de 1994

Artículo 75: Corresponde al Congreso:

...

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

- En caso de existir lagunas legislativas en la protección de una persona, las autoridades públicas deben aplicar las normas internacionales para colmar esas lagunas.

Artículo 16 de la Constitución de Cabo Verde de 1992

3. Las normas jurídicas y constitucionales relativas a los derechos fundamentales deberán interpretarse y las lagunas deberán solventarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos.

- La interpretación de la declaración de derechos en una constitución deberá tener en cuenta las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 39 (“Interpretación de la Declaración de Derechos”) de la Constitución de Sudáfrica de 1996

- 1) *Al interpretar la Declaración de Derechos, el juzgado, tribunal o foro:*
- a) *Deberá promover los valores que sustentan una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad;*
 - b) *Deberá tener en cuenta el derecho internacional; y*
 - c) *Podrá tener en cuenta las leyes extranjeras.*

Artículo 13 de la Constitución de Etiopía de 1994

2. *Los derechos y libertades fundamentales enunciados en el presente capítulo se interpretarán en conformidad con los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales ratificados por Etiopía.*

FLASH

La complementariedad entre las normas internacionales de derechos humanos y la declaración de derechos de una constitución está muy influida por el enfoque que adopte el Estado sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. A este respecto, cuando se realice una reforma constitucional, en el programa del asesor de derechos humanos deberá figurar la relación entre ambos ordenamientos jurídicos.

B. La redacción de la declaración de derechos de una constitución: requisitos generales

Si bien a la hora de redactar una constitución debe prestarse gran atención a las tradiciones constitucionales y a otras particularidades y circunstancias locales, en todos los casos una declaración de derechos debe satisfacer los requisitos básicos que dimanar de los principios ampliamente aceptados del derecho internacional y constitucional.

1. Conformidad con las valoraciones predominantes en la sociedad

En un Estado democrático, en general se espera que las leyes reflejen y protejan los valores e ideales en los que se basa la vida de la sociedad y que las personas comparten en su mayoría. Esto es especialmente cierto en el caso de la declaración de derechos de una constitución, ya que comprende la parte de esta en la que se supone que deben articularse todos los valores básicos pertinentes para las personas o los grupos. Por lo tanto, como ya se ha subrayado, la mejor manera de garantizar que una declaración de derechos goce de un amplio apoyo público es redactarla dentro de un proceso que haga partícipes a todos los segmentos de la sociedad en el debate constitucional.

Sin embargo, el hecho de que una opinión sea compartida por la mayoría de una sociedad no debería llevar a su imposición si esa medida violase los derechos humanos de la minoría, o más concretamente los de personas o grupos de esa minoría. Es esencial que los redactores de una declaración de derechos intenten alcanzar un equilibrio entre las diferentes opciones y proporcionar una explicación clara, accesible y comprensible para todos los agentes sociales de los motivos en que se basa la solución adoptada.

En virtud del derecho internacional de los derechos humanos, una declaración de derechos debería impedir la aprobación de leyes que pudieran dar lugar a la discriminación o a la exclusión social de personas o de grupos específicos. En particular, debe prestarse atención a los motivos de discriminación prohibidos que se especifican en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 2 incluye los de "raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición"¹⁵. Con la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la discriminación por motivos de discapacidad se ha convertido en un motivo de discriminación prohibido

¹⁵ Esos mismos motivos prohibidos de discriminación se encuentran en el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 2, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

internacionalmente¹⁶. Además, en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares se formularon otros motivos prohibidos de discriminación, incluidos la convicción, el origen étnico, la edad, el estado civil y la situación económica.

Aunque no se aborden específicamente en el texto de ninguno de los nueve tratados fundamentales de derechos humanos, varios órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos han determinado que la orientación sexual y la identidad de género también son motivos prohibidos de discriminación¹⁷. Las constituciones más recientes abarcan un conjunto de motivos prohibidos de discriminación más amplio que los motivos que figuran en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los dos Pactos.

En este contexto, cabe reiterar que durante el proceso de redacción deben realizarse los máximos esfuerzos para evitar que se excluya de hecho o de derecho del debate y la adopción de decisiones sobre la constitución a sectores de la sociedad que puedan tener enfoques que no coincidan con las opiniones mayoritarias.

¹⁶ Véase Amy Raub y otros, "Constitutional rights of persons with disabilities: An analysis of 193 national constitutions", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 29 (primavera de 2016), págs. 203 a 240.

¹⁷ El Comité de Derechos Humanos, en la comunicación *Toonen c. Australia*, determinó que el término "sexo" en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluía la orientación sexual, con lo cual esta era uno de los motivos de discriminación prohibidos en virtud del Pacto (CCPR/C/50/D/488/1992). Otros comités de derechos humanos han llegado a conclusiones similares. Véanse Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009) (E/C.12/GC/20), párrafo 32; Comité de los Derechos del Niño, observación general núm. 13 (2011) (CRC/C/GC/13), párrafos 60 y 72 g); Comité contra la Tortura, observación general núm. 2 (2008) (CAT/C/GC/2), párrafo 21; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010) (CEDAW/C/GC/28), párrafo 18. Varios comités de derechos humanos han interpretado que la "identidad de género" también constituye un motivo prohibido de discriminación. Véanse Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009) (E/C.12/GC/20), párrafo 32; Comité contra la Tortura, observación general núm. 2 (2008) (CAT/C/GC/2), párrafo 21; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010) (CEDAW/C/GC/28), párrafo 18.

Artículo 26 de la Constitución de Fiji de 2013

3) *Nadie será tratado injustamente ni discriminado, ya sea de modo directo o indirecto, por los siguientes motivos:*

a) *sus características o circunstancias personales, ya sean efectivas o supuestas, como raza, origen étnico o social, color, lugar de origen, sexo, género, orientación sexual, identidad y expresión de género, nacimiento, idioma principal, situación económica, social o de salud, discapacidad, edad, religión, conciencia, estado civil o embarazo; o*

b) *sus opiniones o credo, salvo en la medida en que estos entrañen perjuicio para los demás o menoscabo de sus derechos o libertades, ni ningún otro motivo que se prohíba en la presente Constitución.*

Artículo 14 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009

I. *Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna.*

II. *El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.*

2. El respeto de las normas internacionales de derechos humanos

El principio *pacta sunt servanda* ("los pactos deben cumplirse") exige que la declaración de derechos de una constitución sea conforme con los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado. Sin embargo, quienes redactan una constitución deben ir más allá de este concepto. En primer lugar, dado que se reconoce ampliamente que la Declaración Universal de Derechos Humanos contiene la interpretación del concepto de derechos humanos que figura en la Carta de las Naciones Unidas y forma parte de la Carta Internacional de Derechos Humanos, debe ser aceptada como inspiración y modelo para la redacción de una declaración de derechos de una constitución nacional. En segundo lugar, el derecho de los tratados internacionales de derechos humanos no vincula a todos los países por igual, ya que algunos pueden decidir no ratificar instrumentos internacionales concretos. No obstante, es

fruto de los esfuerzos de la comunidad internacional por desarrollar el mejor marco jurídico posible para la protección de esos derechos. Por lo tanto, debería considerarse como un conjunto de soluciones jurídicas ejemplares incluso para los países que no estén jurídicamente vinculados por todos los instrumentos jurídicos que conforman el conjunto del derecho de los tratados internacionales de derechos humanos.

Los encargados de redactar una constitución no solo deben velar por que la declaración de derechos no contradiga de forma explícita las normas internacionales de derechos humanos, sino que también deben evitar las formulaciones que puedan utilizarse como base de interpretaciones jurídicas contrarias a esas normas. Por último, una declaración de derechos debe considerarse como un vehículo conducente a la aplicación óptima de los derechos humanos a nivel internacional.

Los redactores de una constitución pueden, no obstante, enfrentarse a algunas tensiones o incluso a contradicciones entre las normas internacionales de derechos humanos y la cultura y las tradiciones imperantes en el país. Las prácticas culturales que provoquen un daño irreversible a los seres humanos, como la mutilación genital femenina, no deben estar permitidas por la constitución. Además, si esas prácticas existen en una sociedad dada, deben estar prohibidas explícitamente por la ley. La reforma constitucional debe aprovecharse como una oportunidad para armonizar el derecho consuetudinario con las normas internacionales de derechos humanos. Esa armonización debe definirse como un objetivo constitucional hacia el que deben tender los cambios culturales con el apoyo de actividades educativas y de promoción. Al mismo tiempo, sin embargo, la constitución debe proscribir el derecho consuetudinario que contravenga las normas internacionales de derechos humanos.

Sección I, párrafo 5, de la Declaración y Programa de Acción de Viena

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La Constitución de Kenya ofrece un ejemplo de cómo se puede abordar este problema a nivel nacional.

Artículo 2 de la Constitución de Kenya de 2010

4) *Toda ley, incluido el derecho consuetudinario, que sea incompatible con la presente Constitución será nula en la medida en que sea incompatible, y cualquier acción u omisión que contravenga la presente Constitución carecerá de validez.*

5) *Las normas generales de derecho internacional formarán parte de la legislación de Kenya.*

6) *Todos los tratados o convenciones ratificados por Kenya se considerarán parte de la legislación del país en virtud de la presente Constitución.*

3. Alcance de la formulación de la constitución

El alcance de los derechos y libertades constitucionales siempre ha planteado un reto a quienes redactan una constitución. Suelen oscilar entre dos tendencias: hacer que el lenguaje de la constitución sea completo, claro y detallado, o mantener el carácter general de la constitución como ley fundamental. Alcanzar un equilibrio adecuado no es una tarea sencilla.

Una declaración de derechos amplia es aquella en la que se establecen los derechos humanos básicos y los derechos fundamentales de las personas y de los grupos, y se les da protección constitucional. Sin embargo, el esfuerzo por lograr ese objetivo no debe tener como consecuencia que se incluya en la declaración de derechos el máximo número posible de derechos. Los redactores deberían evitar una constitución que sea demasiado técnica y que la población en general no comprenda cabalmente. Por consiguiente, en la mayoría de los casos es aconsejable seguir un enfoque equilibrado o incluso cauteloso.

Probablemente no sea posible elaborar un paradigma universal de la integridad de la declaración de derechos en una constitución, ya que las sociedades, y sus experiencias y preferencias, son muy diversas. Sin embargo, el derecho internacional interpretado en el contexto de las tradiciones jurídicas y culturales y las necesidades constitucionales actuales debe proporcionar una orientación general en este contexto. También debe tenerse en cuenta que, si la constitución reconoce fuerza vinculante

en el ordenamiento jurídico interno a los instrumentos internacionales de derechos humanos, estos pueden utilizarse en caso necesario como fuente complementaria de derechos y libertades. Esto limita el riesgo de posibles lagunas normativas.

No obstante, aun teniendo en cuenta la diversidad de las tradiciones nacionales, en los ámbitos jurídico y cultural, de los Estados, en la declaración de derechos de una constitución deben incluirse las siguientes categorías de derechos:

- Derechos que son indispensables para la protección de la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad y las capacidades de la persona.
- Derechos que establecen el marco para la participación de la persona en la dirección de los asuntos públicos.
- Derechos que protegen las fuentes socialmente aceptables de ingresos personales y los intereses económicos de la persona.
- Derechos que constituyen la base jurídica para los servicios sociales y culturales más importantes.

4. Coherencia interna

Se dice que el lenguaje jurídico por el que se articulan los derechos y libertades es coherente cuando no hay contradicciones en su redacción. Esta es una de las premisas fundamentales de la efectividad de la ley. Como cuestión de principio, la coherencia de una declaración de derechos debe estar garantizada por su finalidad general, que consiste en proteger la dignidad humana. Sin embargo, pueden darse tensiones cuando se apliquen los derechos constitucionales en situaciones concretas. Cabe recordar aquí los dilemas clásicos relacionados con la ley de la mayoría frente a los derechos de las minorías, los dilemas que plantea la relación entre el derecho al más alto nivel de salud disponible y el acceso universal a la protección de la salud, y las tensiones que pueden producirse entre la libertad de expresión y la prohibición de incitar a la violencia.

De hecho, la observación de que la ley está llena de tensiones en la práctica puede aplicarse a una declaración de derechos cuando esta pasa de su etapa de proclamación a la de aplicación. En ocasiones, existe la

tentación de soslayar ese tipo de problemas utilizando en la constitución un lenguaje muy vago. Esta puede ser una solución aparentemente atractiva ya que diversas partes interesadas pueden quedar satisfechas con esa formulación general. Sin embargo, en ese caso se trasladará la carga del órgano que apruebe la constitución a otras entidades, principalmente a los tribunales, que tendrán el mandato de aplicar sus disposiciones. Por lo tanto, al redactar una constitución es aconsejable hacer cuanto sea posible por reducir la posibilidad de que surjan tensiones en la aplicación de los derechos expresándolos con un lenguaje lo más preciso posible.

Sin embargo, tal es la naturaleza del derecho que, aunque este se elabore de manera óptima, proporcionará argumentos a las distintas partes para defender sus intereses contrapuestos. También es imposible eliminar conflictos entre los derechos si aspiran a ellos agentes distintos en la misma situación. Por lo tanto, si bien debe asignarse una importancia máxima a que se articule una declaración de derechos de forma que respalde su aplicación armonizada, en último término la coherencia entre los derechos podrá lograrse en el marco de los procedimientos jurídicos establecidos para proteger esos derechos y para resolver los conflictos de interés conexos.

5. Contenido normativo

La mayoría de las declaraciones de derechos contemporáneas, como las propias constituciones, generalmente han dejado de ser una suerte de manifiesto político con una repercusión jurídica limitada. En la actualidad, los derechos que figuran en ellas habitualmente están concebidos para que sean de aplicación directa en el marco del procedimiento establecido por la propia constitución, como se expone a continuación. Sin embargo, para que esto sea posible, los derechos deben articularse de modo que puedan ser de aplicabilidad inmediata. En otras palabras, las disposiciones pertinentes de la constitución deben tener un contenido normativo claro, que las haga aplicables esencialmente en dos situaciones:

- Una norma internacional o constitucional es **directamente aplicable** si no requiere legislación para su aplicación por un tribunal o un órgano administrativo.
- Una norma es de **aplicabilidad inmediata** si su contenido normativo es lo suficientemente claro para ser aplicado por un tribunal o un órgano administrativo.

- Cuando no haya leyes ordinarias que permitan que el titular de derechos los reclame.
- Cuando la declaración de derechos proporcione un criterio para evaluar la conformidad con la constitución de las leyes ordinarias.

Para ser de aplicabilidad inmediata, una disposición de la declaración de derechos de una constitución deberá identificar al titular de derechos y su derecho legal, y, de ser necesario, determinar los límites del derecho y las formas básicas de su aplicación. Los mismos requisitos deben cumplir las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos con miras a que sean de aplicabilidad inmediata. En este contexto, el Comité de Derechos Humanos subraya que “el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas, entre ellas la aplicabilidad directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales o legales de otra índole comparables, o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho nacional”¹⁸. Existen numerosos ejemplos de normas de aplicabilidad inmediata tanto en el derecho internacional como en textos constitucionales.

Artículo 29 de la Constitución de Bulgaria de 1991

- 1) *Nadie será sometido a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni a la asimilación por la fuerza.*
- 2) *Nadie será sometido a experimentos médicos, científicos u otros sin su acuerdo voluntario por escrito.*

Existe una opinión que, si bien disminuye gradualmente, sigue siendo defendida por algunos observadores y según la cual la cuestión de la aplicabilidad inmediata distingue los derechos económicos, sociales y culturales de los derechos civiles y políticos. Según esta opinión, muchos derechos civiles y políticos no necesitan ninguna ley de aplicación para poder aplicarse, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales solo adquieren un significado jurídico a través de la legislación.

De hecho, algunas constituciones, en particular las más antiguas, no proclaman derechos económicos, sociales y culturales. El argumento presentado en apoyo de esta solución hace alusión a la supuesta vaguedad

¹⁸ Observación general núm. 31 (2004), párrafo 15.

de esos derechos que, en consecuencia, no pueden aplicarse directamente y, por ende, no son de aplicabilidad inmediata. Guiadas por consideraciones análogas, otras constituciones, si bien proclaman derechos sociales, afirman claramente que estos únicamente se pueden aplicar sobre la base de la legislación ordinaria y dentro de los límites establecidos por ella.

No es el propósito de esta publicación debatir esta cuestión, pero cabe destacar que tanto a nivel internacional como nacional ha ganado terreno la opinión de que los derechos económicos, sociales y culturales son justiciables y, por lo tanto, de aplicación directa. Sin embargo, también cabe decir que la redacción de leyes relativas a los bienes y servicios económicos, sociales y culturales requiere una atención especial con miras a darles un contenido normativo lo más preciso posible.

Un derecho constitucional es **justiciable** si una reclamación jurídica basada en él puede ser examinada y decidida por un tribunal de justicia.

Se ha desarrollado una jurisprudencia convincente y muy instructiva en los tribunales superiores de algunos países, como la India y Sudáfrica. En el caso *Grootboom*, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica declaró: “Por lo tanto, la cuestión no es si los derechos socioeconómicos son justiciables en virtud de nuestra Constitución, sino cómo aplicarlos en un caso determinado. Esa es una cuestión muy difícil que debe ser estudiada cuidadosamente y caso por caso”¹⁹.

Sin embargo, la justiciabilidad y la aplicabilidad de todos los derechos dependen en gran medida de la manera en que se han formulado y de si su contenido normativo es lo bastante claro. No existe una única receta para abordar esta cuestión, ya que las posibles soluciones vienen determinadas, entre otras cosas, por las características específicas del sistema jurídico del país y sus tradiciones jurídicas relevantes. Sin embargo, existen consideraciones prácticas que deben tenerse en cuenta al redactar los derechos constitucionales en relación con los servicios públicos; asimismo, la experiencia obtenida durante el proceso de redacción de los instrumentos internacionales y de las constituciones contemporáneas también puede contribuir a aclarar problemas o encontrar soluciones. Cada una de

¹⁹ *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others* (2000).

esas opciones requiere técnicas legislativas distintas (véase el capítulo III, sección B.5, de la presente publicación).

En primer lugar, es esencial determinar qué tipo de efecto jurídico se busca obtener y si la disposición prevista de la Constitución debería ir dirigida principalmente a la persona o al Estado.

En segundo lugar, es preferible que se pueda aprehender la cuestión tratada en forma de un derecho individual, ya que otorga la máxima fuerza a la posición del titular de derechos. Sobre la base de una disposición constitucional de ese tipo, la persona puede hacer valer de forma efectiva sus derechos ante los órganos competentes, en particular en el marco de procedimientos judiciales. Sin embargo, en este caso, el derecho debe tener un contenido jurídico más concreto.

Artículo 53 de la Constitución de Ucrania de 1996

Los ciudadanos tienen derecho a recibir, mediante una selección por concurso, enseñanza superior gratuita en los centros educativos estatales y comunitarios.

En tercer lugar, algunas cuestiones sociales merecen tener cabida en la constitución, pero sería imposible o prematuro establecer derechos individuales para darles respuesta. En ese caso, los redactores pueden elegir entre dos opciones. Una de ellas es formular un deber jurídico del Estado con un contenido normativo claro. Por medio de ello, es posible considerar responsables a las autoridades estatales en caso de no aplicar la disposición constitucional pertinente. La desventaja de este enfoque es que normalmente las personas no están facultadas legalmente para iniciar un procedimiento oficial en el que se exija la aplicación de esa disposición.

Artículo 13 de la Constitución de Benin de 1990

El Estado dispone lo necesario para la educación de la juventud en escuelas públicas. La enseñanza primaria será obligatoria. El Estado asegurará gradualmente la gratuidad de la enseñanza pública.

La otra opción consiste en formular una directriz o principio político que el Estado tenga la obligación de respetar a fin de lograr un determinado objetivo de política.

Artículo 21 de la Constitución de China de 1982

El Estado desarrolla los servicios médicos y sanitarios, promueve la medicina moderna y la medicina tradicional china, estimula y apoya el establecimiento de diversas instalaciones médicas y sanitarias por parte de los colectivos económicos rurales, las empresas e instituciones estatales y las organizaciones vecinales, y promueve actividades sanitarias masivas, todo ello para proteger la salud del pueblo.

Habitualmente, los órganos judiciales no interpretan que esas disposiciones constitucionales constituyan una base para admitir reclamaciones judiciales. No obstante, puede acudir a esas disposiciones en las evaluaciones políticas y en debates parlamentarios y públicos. Por último, esas disposiciones también pueden ser fundamentales para interpretar las leyes, incluidas las leyes que regulan las cuestiones relativas a los derechos humanos. Por lo tanto, puede ser conveniente incluir disposiciones en esta forma, aun cuando su contenido jurídico siga siendo relativamente vago.

FLASH

Desde la perspectiva de la fuerza ejecutiva de la declaración de derechos, es vital, siempre que sea posible, establecer derechos individuales con un contenido jurídico específico que puedan ser reivindicados en los tribunales u otros órganos competentes del Estado.

6. Aplicación y limitaciones

Los redactores de la declaración de derechos de una constitución a menudo se ven presionados por diferentes elementos, incluido el electorado, para prometer más de lo que es realizable. Ceder a tales presiones puede resultar atractivo por motivos políticos. Aunque el apoyo popular a una disposición dada en un proyecto de declaración de derechos puede ser deseable, no puede buscarse a expensas de la credibilidad de la constitución. Además, una proclamación de derechos que no sea realista socavaría el valor no solo de la declaración constitucional de derechos, sino también de la propia constitución.

Hay dos cuestiones relativas a si se puede aplicar una declaración de derechos. La primera se refiere al contenido normativo de las disposiciones constitucionales pertinentes, que se ha examinado más arriba. La segunda

cuestión se refiere a la admisibilidad de las limitaciones —o restricciones— de los derechos. Esta es una de las cuestiones más delicadas en el ámbito de los derechos humanos, ya que es preciso reconocer y respetar debidamente los intereses de la sociedad en su conjunto. Esto significa que en algunos casos puede ser inevitable imponer limitaciones al disfrute de los derechos. Además, solo debe garantizarse sin limitaciones un número reducido de derechos, como la prohibición de la tortura.

A este respecto, debe hacerse una distinción entre las limitaciones inherentes a los derechos y las basadas en una evaluación realizada por las autoridades estatales. Sin limitaciones inherentes, como el deber de respetar los derechos de los demás o el deber de respetar la ley en el ejercicio de los propios derechos, el goce de los derechos podría fácilmente conducir a un estado de anarquía que haría ilusorios esos derechos. Por lo tanto, aun cuando una disposición de un tratado internacional o de la declaración de derechos de una constitución no se refiera explícitamente a esas limitaciones inherentes, estas están incorporadas implícitamente en la medida en que el disfrute de los derechos de una persona no puede lograrse a expensas de los derechos de los demás. Es una cuestión de responsabilidad individual.

Artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Las limitaciones basadas en la evaluación efectuada por las autoridades estatales constituyen un asunto delicado porque, si se interpretan erróneamente, tales limitaciones pueden conducir al abuso de poder. Por lo tanto, la posibilidad, el alcance y los motivos de tales limitaciones deberían estar contemplados en la propia constitución en relación con cada derecho individual en cuestión. De lo contrario, la facultad de introducir limitaciones se dejaría enteramente en manos de los actos parlamentarios o gubernamentales o de los tribunales, y quedaría en entredicho el carácter normativo de los derechos constitucionales (véase el capítulo II, sección C.5).

Las limitaciones de los derechos deben estar exentas de arbitrariedad, que a menudo es consecuencia de una evaluación incorrecta por parte de las autoridades públicas de las realidades sociales o de los intereses de determinados grupos sociales. Los instrumentos internacionales de derechos humanos proporcionan orientación general a este respecto. Los redactores de la declaración de derechos de una constitución deben recordar que la disposición de la sociedad a aceptar la imposición de limitaciones al goce de los derechos puede variar según la categoría específica de derechos de que se trate. Por ejemplo, una aplicación limitada de los derechos sociales que resulte de la falta de recursos adecuados puede entenderse más fácilmente que la imposición de limitaciones a la libertad de expresión. En general, puede ser controvertido imponer limitaciones a los derechos civiles y políticos, en particular si existe la apariencia o la percepción de arbitrariedad o de que la protección de esos derechos está sujeta a preferencias, o bien que no hay ninguna protección. Por lo tanto, es importante que en la propia constitución se esboce la admisibilidad y las condiciones para la limitación de los derechos o que se establezcan los criterios para ese proceso.

El Comité de Derechos Humanos ha desarrollado esta cuestión en varias de sus observaciones generales. El enfoque más concreto se ha desarrollado en la observación general núm. 22 sobre el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión²⁰, pero también puede aplicarse en el caso de otros derechos que permiten limitaciones por motivos específicos.

Artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

El Comité estableció los siguientes principios: a) las limitaciones impuestas deben estar prescritas por la ley; b) se permiten restricciones únicamente si es necesario para proteger al menos uno de los intereses siguientes: la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás; c) no se permiten limitaciones por motivos que no estén especificados en el Pacto, ni se podrán imponer por propósitos discriminatorios ni aplicar

²⁰ Véase también la observación general núm. 10 (1983) sobre la libertad de opinión.

de manera discriminatoria; d) las limitaciones deberán estar relacionadas directamente y guardar la debida proporción con la necesidad específica de la que dependen; e) las limitaciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas; f) las limitaciones no deben viciar el derecho en cuestión, es decir, no pueden socavar el contenido básico del derecho de que se trate; y g) al interpretar el alcance de las limitaciones, los Estados partes deben partir de la necesidad de proteger los derechos garantizados por el Pacto, incluido el derecho a la igualdad y la no discriminación en todos los terrenos especificados en los artículos 2, 3 y 26 del Pacto.

Además, el Comité explicó que el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas. Por consiguiente, las limitaciones con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición²¹.

7. Función de comunicación

Históricamente, las declaraciones de derechos también se consideraban en ocasiones manifiestos políticos y guías para la ciudadanía. En el preámbulo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia en 1789, se ilustra esta percepción de forma adecuada.

Preámbulo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos. En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano [...].

²¹ Observación general núm. 22 (1993), párrafo 8.

Aunque en la actualidad no se suele utilizar ese lenguaje solemne, la función educativa de las declaraciones de derechos sigue siendo importante. Los titulares de derechos deben encontrar en una constitución información sobre sus derechos y las formas de reivindicar el acceso a ellos. Los garantes de derechos deben recibir instrucciones sobre sus obligaciones y responsabilidades y sobre los límites de sus poderes. En general, una declaración de derechos debe servir de orientación para la sociedad y las autoridades. Para desempeñar este papel, la declaración de derechos debe redactarse en una forma que sea clara y comprensible para todas las partes interesadas. Aun cuando debe elogiarse la intención de dar a la declaración de derechos un contenido normativo claro, los redactores deben evitar en la medida de lo posible el uso de un lenguaje técnico que solo pueda ser entendido por los profesionales del derecho. De lo contrario, puede perderse la función educativa del proyecto y puede estar en peligro el sentimiento de propiedad, no solo de la declaración de derechos sino de la constitución entera.

FLASH

La historia de las declaraciones de derechos es una historia de la libertad humana. La Constitución de Sudáfrica de 1996 proclama:

La presente Declaración de Derechos es una piedra angular de la democracia en Sudáfrica. Consagra los derechos de todas las personas en nuestro país y afirma los valores democráticos de la dignidad, la igualdad y la libertad de los seres humanos.

C. Contenido de la declaración de derechos de la constitución

Al igual que para el proceso constituyente en general, dar contenido y forma a la declaración de derechos de una constitución es una decisión soberana del Estado y de su pueblo. No existe un único plan general para una declaración de derechos que pueda utilizarse como referencia definitiva. Sin embargo, como se subraya en la sección II *supra*, el principio de soberanía del Estado no lo exime de las obligaciones que le imponen la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos que haya ratificado. Además, la inclusión en una constitución de los derechos humanos internacionalmente reconocidos no solo contribuye a la adopción de instrumentos internacionales, sino que también ayuda

a desarrollar una cultura común de los derechos humanos. Estos dos factores interrelacionados hacen que existan muchos aspectos comunes en la elaboración de una declaración de derechos. Aunque la forma pueda diferir considerablemente, existen muchas similitudes en el contenido de varias declaraciones de derechos aprobadas recientemente.

1. El titular de derechos

Los derechos humanos frente a los derechos de los ciudadanos

Las declaraciones de derechos de las constituciones contemporáneas siguen el principio subyacente en el derecho internacional al definir a los titulares de derechos. Así pues, sirven para proteger a todas las personas sometidas a la jurisdicción del Estado, ya sean nacionales o no nacionales. Técnicamente, la mayoría de las constituciones operan con expresiones como “todos” o “toda persona” o “todas las personas” en contraposición a “todo ciudadano” o “los ciudadanos”.

Una vez más, al igual que sucede con los instrumentos internacionales, algunos derechos políticos están reservados exclusivamente para los ciudadanos del Estado. Tradicionalmente, los derechos relacionados con la dirección de los asuntos públicos pertenecen a esta categoría. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25) adopta esta posición. En el mismo contexto, algunas constituciones también mencionan la libertad de formar partidos políticos y el derecho a la información sobre las actividades de las autoridades públicas como derechos únicamente para los ciudadanos. Cabe señalar, sin embargo, que un número cada vez mayor de constituciones o de leyes electorales permiten la participación en elecciones o referendos locales de los no ciudadanos que residan legalmente en el país durante cierto tiempo. Otros derechos que suelen clasificarse como derechos políticos pertenecen a todos los seres humanos, incluida la libertad de expresión y la libertad de reunión.

Otros derechos que las diversas constituciones conceden solo a los nacionales incluyen los derechos vinculados a la ciudadanía, como el derecho a recibir un pasaporte nacional y a ser protegidos mientras estén en el extranjero, el derecho a votar en las elecciones nacionales, el derecho a presentarse a cargos públicos nacionales, la prohibición de expulsión y la prohibición de extradición.

Artículo 15 de la Constitución de Mongolia de 1992

2. Queda prohibido privar a los ciudadanos de Mongolia de su nacionalidad de Mongolia, exiliarlos o extraditarlos.

En lo que respecta a los países en desarrollo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha aceptado explícitamente, con algunas condiciones, las limitaciones relativas al disfrute de los derechos humanos por los no ciudadanos.

Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Algunos países aprovechan esta oportunidad al conceder, por ejemplo, el derecho a la seguridad social exclusivamente a sus ciudadanos. Sin embargo, nada de lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto faculta a los Estados partes para actuar arbitrariamente a este respecto. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha hecho una importante aclaración de este punto en su observación general núm. 19 sobre el derecho a la seguridad social. Si bien observa que los no nacionales son grupos "que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho", el Comité hace las siguientes observaciones: a) el Pacto prohíbe la discriminación por motivos de nacionalidad; b) con referencia al concepto de equidad, el Comité destaca: "Cuando los no nacionales, entre ellos los trabajadores migratorios, han cotizado a un plan de seguridad social, deben poder beneficiarse de esa cotización o recuperarla si abandonan el país. Los derechos de los trabajadores migratorios tampoco deben verse afectados por un cambio de lugar de trabajo"; c) "Los no nacionales deben poder tener acceso a planes no contributivos de apoyo a los ingresos, apoyo a la familia y atención de la salud a un costo asequible. Cualquier restricción, incluido un período de carencia, debe ser proporcionada y razonable. Todas las personas, independientemente de su nacionalidad, residencia o condición de inmigración, tienen derecho a atención médica

primaria y de emergencia”; y d) “Los refugiados, apátridas, solicitantes de asilo y otras personas o grupos desfavorecidos y marginados deben disfrutar de un trato igual en el acceso a los planes de seguridad social no contributivos, incluido un acceso razonable a la atención de la salud y el apoyo a la familia, de conformidad con las normas internacionales”²². Aunque la observación general se refiere específicamente al derecho a la seguridad social, su metodología, que refleja el razonamiento del Comité, es aplicable a otros derechos económicos, sociales y culturales.

Algunas constituciones amplían el ejercicio de los derechos a las personas jurídicas. Lo hacen, sin embargo, debido a la naturaleza de esos agentes.

Artículo 9 de la Constitución de Estonia de 1992

2. Los derechos, libertades y deberes enumerados en la Constitución se extenderán a las personas jurídicas, en la medida en que sean conformes con los objetivos generales de las personas jurídicas y con la naturaleza de esos derechos, libertades y deberes.

Entre los ejemplos de los derechos que pueden ejercer las personas jurídicas figuran el derecho a la protección de la correspondencia, el derecho a la protección de la reputación y el derecho a la propiedad.

FLASH

A la luz de las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y tal como se refleja en los órganos creados en virtud de tratados y en muchas constituciones contemporáneas, todas las personas sometidas a la jurisdicción de un Estado determinado deberían ser, en principio, titulares de los derechos consagrados en la declaración de derechos. El hecho de reservar a los ciudadanos del país el acceso a determinados derechos debe considerarse como una excepción a esta regla general.

Derechos individuales frente a derechos colectivos: las minorías y los pueblos indígenas

Según la opinión tradicional, aunque en algunos casos los derechos humanos pueden disfrutarse colectivamente, solo una persona puede ser reconocida como su titular. Este enfoque obedecía a dos razones principales, a saber:

²² Párrafos 31 y 36 a 38.

a) el sentido original asociado a los derechos humanos como instrumento de protección de la dignidad humana que es inherente a todo ser humano, pero no atribuible a grupos de personas; y b) el hecho de que el componente definitorio de un derecho colectivo es su naturaleza colectiva (que en esencia solo puede ser disfrutado y reivindicado por el grupo), lo que significa que ese derecho no puede atribuirse a cada ser humano, lo cual es una característica de los derechos humanos. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, de 1992, ofrecen ejemplos de las consecuencias de este enfoque. En ambos casos, el lenguaje utilizado se refiere a los “derechos de las personas pertenecientes a minorías” y no a los derechos de las minorías en tanto que grupos.

Sin embargo, en los últimos decenios se han ido reconociendo cada vez más las dimensiones colectivas de algunos derechos humanos²³. Esto ha ocurrido no solo con respecto a las minorías y los pueblos indígenas, sino también en relación con otros grupos, como los grupos desfavorecidos o marginados. Al considerar la referencia a los derechos de los grupos, los redactores de una constitución deberán, sin embargo, analizar en cada caso lo que está en juego. En particular, deberán examinar cuidadosamente si en un caso dado la noción de “derecho” entrañaría reivindicaciones jurídicas o políticas, y si conviene utilizar un lenguaje apropiado. También es importante tener presente que toda protección de los derechos de las minorías debe enmarcarse de manera que no prive a los subgrupos dentro de la minoría del derecho a reclamar todo el conjunto de derechos humanos.

También se han establecido normas importantes en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), de la Organización Internacional del Trabajo.

La forma en que la declaración de derechos de una constitución establece la protección de las minorías y de los pueblos indígenas depende de la estructura de la sociedad y de la experiencia nacional. Algunas de estas declaraciones van más allá de la mera proclamación de la protección

²³ El hecho de que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 haya sido suscrita por sus cuatro oponentes iniciales —a saber, Australia, el Canadá, Nueva Zelandia y, más tarde, los Estados Unidos, todos los cuales votaron en contra de esta Declaración en la Asamblea General en 2007— puede considerarse una evolución notable en el apoyo a los derechos colectivos.

Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas**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 y 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.*

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.*

Artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007

Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos.

de la identidad de las minorías o de los pueblos indígenas y determinan derechos específicos de estos grupos, así como disposiciones estructurales y de procedimiento para hacer efectiva esta protección.

Constitución de Serbia de 2006

Artículo 75 (“Derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales”)

Las personas pertenecientes a minorías nacionales tendrán garantizados derechos individuales o colectivos especiales, además de los derechos garantizados por la Constitución a todos los ciudadanos. Los derechos de las personas se ejercerán individualmente, y los derechos colectivos en comunidad con otros, de conformidad con la Constitución, la ley y los tratados internacionales.

Las personas pertenecientes a minorías nacionales participarán en los procesos de adopción de decisiones o decidirán independientemente determinadas cuestiones relacionadas con su cultura, educación, información y uso oficial de su idioma hablado y escrito, utilizando sus derechos colectivos de conformidad con la ley.

Las personas pertenecientes a minorías nacionales podrán elegir sus consejos nacionales para ejercer el derecho de autogobierno en los ámbitos de la cultura, la educación, la información y el uso oficial de su idioma hablado y escrito, de conformidad con la ley.

Artículo 79 (“Derecho a la conservación de las características propias”)

Los miembros de las minorías nacionales tendrán derecho: a la expresión, la conservación, la promoción, el desarrollo y la expresión pública de las características nacionales, étnicas, culturales y religiosas que les sean propias; a utilizar sus símbolos en lugares públicos; a utilizar su idioma hablado y escrito; a que los trámites se realicen también en su idioma ante los órganos estatales, las organizaciones con poderes públicos delegados, los órganos de las provincias autónomas y las dependencias locales de gobierno autónomo, en las zonas en las que constituyan una mayoría significativa de la población; a recibir educación en su idioma en las instituciones públicas y las de las provincias autónomas; a fundar instituciones privadas de enseñanza; a utilizar su nombre y apellido en su idioma; a que los nombres tradicionales locales y los nombres de las calles, poblaciones y accidentes geográficos también se escriban en su idioma, en las zonas en las que constituyan una mayoría significativa de la población; a recibir información completa, puntual y objetiva en su idioma, incluido el derecho a expresar, recibir, enviar e intercambiar información e ideas; a establecer sus propios medios de comunicación, de conformidad con la ley.

Un ejemplo interesante de la manera en que se aborda la cuestión de los pueblos indígenas figura en la Constitución del Brasil.

Constitución del Brasil de 1988

Artículo 231 (“Poblaciones y tierras nativas”)

Se reconocen a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, así como los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, y corresponde a la República demarcarlas, protegerlas y velar por que se respeten todos sus bienes.

Artículo 232 (“Derechos de los indios”)

Los indios y sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para iniciar acciones legales en defensa de sus derechos e intereses, y el Ministerio Público intervendrá en todos los actos del proceso.

Algunas constituciones, como la de Sudáfrica, abordan los derechos de las comunidades que están sujetas a autoridades tradicionales y que observan un sistema de derecho consuetudinario.

Capítulo 12 (“Dirigentes tradicionales”) de la Constitución de Sudáfrica de 1996

Artículo 211 (“Reconocimiento”)

- 1) *Se reconocen la institución, estatuto y función del liderazgo tradicional, de conformidad con el derecho consuetudinario, con sujeción a la Constitución.*
- 2) *Una autoridad tradicional que observe un sistema de derecho consuetudinario puede actuar con sujeción a cualquier legislación y costumbres aplicables, lo que incluye la modificación o derogación de esa legislación o esas costumbres.*
- 3) *Los tribunales deben aplicar el derecho consuetudinario cuando proceda, con sujeción a la Constitución y a toda legislación que se refiera específicamente al derecho consuetudinario.*

Artículo 212 (“Papel de los dirigentes tradicionales”)

- 1) *La legislación nacional puede establecer un papel para el liderazgo tradicional como institución a nivel local en asuntos que afecten a las comunidades locales.*
- 2) *Para tratar asuntos relacionados con el liderazgo tradicional, el papel de los dirigentes tradicionales, el derecho consuetudinario y las costumbres de las comunidades que respeten un sistema de derecho consuetudinario, será posible:*
 - a) *que la legislación nacional o provincial contemple el establecimiento de casas de dirigentes tradicionales; y*
 - b) *que la legislación nacional establezca un consejo de dirigentes tradicionales.*

FLASH

Cuando un Estado concede autonomía territorial o cultural a las minorías o a los pueblos indígenas, es esencial velar por que los derechos humanos de los miembros individuales de esos grupos estén debidamente protegidos, incluso, en caso necesario, contra la acción autónoma de esos grupos.

2. Garantes de derechos

Los documentos internacionales hablan de los gobiernos como garantes de los derechos humanos, ya que representan a los Estados en las relaciones internacionales.

Sección I, párrafo 5, de la Declaración y Programa de Acción de Viena

Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos.

Las declaraciones de derechos constitucionales identifican explícita o implícitamente a las autoridades públicas como garantes de derechos. Sin embargo, la responsabilidad de la aplicación de los derechos constitucionales es difusa y las constituciones suelen ser más específicas con respecto a las obligaciones particulares de los distintos órganos estatales. No obstante, las acciones de todos los poderes públicos se realizan siempre en nombre del Estado.

Lo mismo puede decirse de la responsabilidad de aplicar los tratados internacionales de derechos humanos. Aunque las constituciones no suelen contener disposiciones específicas a este respecto, el papel general de coordinación suele asignarse al ministerio de relaciones exteriores, al ministerio de justicia o a otro ministerio responsable de un ámbito sustantivo determinado (como los derechos económicos, sociales y culturales). Sin embargo, desde la perspectiva internacional, el gobierno sigue siendo el principal actor responsable del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

En su observación general núm. 31, el Comité de Derechos Humanos recoge este principio con toda claridad:

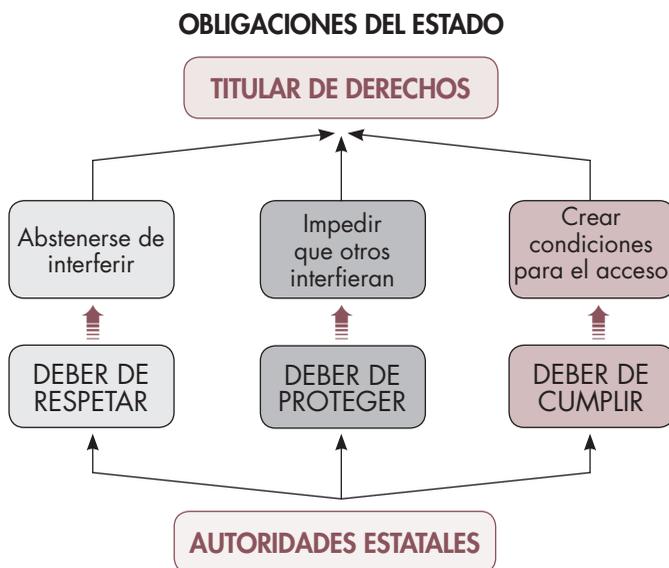
Las obligaciones del Pacto en general y del artículo 2 en particular son vinculantes para todos los Estados partes en conjunto. Todos los poderes

del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local, están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado parte. El poder ejecutivo, que suele representar al Estado parte internacionalmente, incluso ante el Comité, no puede señalar que un acto incompatible con las disposiciones del Pacto fue llevado a cabo por otra rama del Estado como medio de tratar de atenuar la responsabilidad del Estado parte por el acto y la incompatibilidad consiguiente²⁴.

Artículo 14 de la Constitución de Estonia de 1992

Los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, así como las administraciones locales, son responsables de garantizar los derechos y libertades.

Según las interpretaciones de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y de los expertos académicos, un Estado tiene tres obligaciones básicas en lo que respecta a la aplicación de los derechos humanos: respetar, proteger y cumplir.



²⁴ Párrafo 4.

Todas estas obligaciones deben satisfacerse dentro del ámbito de cada órgano del Estado, según corresponda. La definición de competencias suele bastar para enmarcar las responsabilidades legales de los diversos actores públicos en la esfera de los derechos humanos. Sin embargo, las constituciones a menudo van más allá. Considerando la importancia de los derechos, algunas constituciones describen el ejercicio de esos derechos como uno de los objetivos fundamentales del Estado.

Artículo 6 de la Constitución de Timor-Leste de 2002

Los objetivos fundamentales del Estado serán:

[...]

b) Garantizar y promover los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y el respeto de los principios del Estado democrático y de derecho.

Otras constituciones articulan directamente la aplicación de los derechos constitucionales como deber del Estado.

Artículo 7 (“Derechos”) de la Constitución de Sudáfrica de 1996

2) El Estado debe respetar, proteger, promover y cumplir los derechos contenidos en la Declaración de Derechos.

En un Estado federal, la declaración de derechos consagrada en la constitución de la federación es vinculante en todo el territorio. Sin embargo, algunas constituciones se refieren a la estructura del Estado en el contexto de los derechos y libertades individuales y exigen que la ley de las partes constitutivas de la federación se mantenga en conformidad con la constitución federal.

Artículo 28 (“Constituciones de los Länder y autonomía de los municipios”) de la Ley Fundamental de Alemania de 1949

3) La Federación garantizará que el orden constitucional de los Länder [partes de la Federación] se ajuste a los derechos fundamentales [derechos individuales y libertades fundamentales] y a las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787

Artículo 1. Todas las personas nacidas o nacionalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanas de los Estados Unidos y del estado en que residan. Ningún estado podrá dictar ni imponer ley alguna que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni podrá estado alguno privar a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción igual protección de las leyes.

Artículo 211 de la Constitución del Brasil de 1988

La Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios cooperarán para la organización de sus sistemas de enseñanza.

Párrafo 1. La Unión organizará el sistema federal de enseñanza y el de los Territorios, financiará las instituciones de enseñanza pública y ejercerá, en materia educativa, una función redistributiva y suplementaria, con miras a garantizar la igualdad de oportunidades educativas y un nivel mínimo de calidad de la enseñanza mediante la asistencia técnica y financiera a los estados, el Distrito Federal y los municipios.

Párrafo 2. Los municipios actuarán de manera prioritaria en la enseñanza elemental y en la educación de los niños.

Párrafo 3. Los estados y el Distrito Federal actuarán de manera prioritaria en la enseñanza elemental y secundaria.

Párrafo 4. En el funcionamiento de sus sistemas de enseñanza, los estados y los municipios establecerán formas de cooperación con miras a garantizar la universalización de la enseñanza obligatoria.

Algunas constituciones también encomiendan responsabilidades especiales a determinados órganos. Un ejemplo de ello es el establecimiento de la competencia de un tribunal constitucional para examinar las denuncias de presuntas vulneraciones de los derechos constitucionales (a menudo denominadas recursos de amparo constitucional).

Ley Fundamental de Alemania de 1949

Artículo 93 (“Competencias del Tribunal Constitucional Federal”)

El Tribunal Constitucional Federal decidirá:

[...]

4a. Sobre los recursos de amparo constitucional, que podrán ser interpuestos por cualquier persona que alegue que la autoridad pública ha vulnerado alguno de sus derechos fundamentales o alguno de los derechos contemplados en el artículo 20, párrafo 4, o los artículos 33, 38, 101, 103 y 104.

Artículo 94 (“Composición del Tribunal Constitucional Federal”)

2) La organización y el procedimiento del Tribunal Constitucional Federal se regularán por una ley federal, en la que se especificarán los casos en que las decisiones del Tribunal tendrán fuerza de ley. La ley podrá exigir que se hayan agotado todos los demás recursos antes de que se presente un recurso de amparo constitucional y puede establecer un procedimiento independiente para decidir si el recurso se admitirá a trámite.

Aunque la responsabilidad central de la aplicación de los derechos constitucionales recae en las autoridades públicas, no solo los órganos del Estado sino también las personas físicas, los grupos y las personas jurídicas están obligados a respetar los derechos constitucionales. El alcance y el contenido de las obligaciones consiguientes dependen de la situación del actor de que se trate.

Artículo 8 (“Aplicación”) de la Constitución de Sudáfrica de 1996

2) Una disposición de la Declaración de Derechos obligará a una persona física o jurídica si es aplicable y en la medida en que lo sea, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho y la índole de cualquier obligación impuesta por el derecho.

Algunas constituciones establecen obligaciones particulares de los agentes no estatales que presten servicios sociales, como las instituciones educativas privadas, y les asignan obligaciones similares a las de las instituciones estatales.

Artículo 29 (“Educación”) de la Constitución de Sudáfrica de 1996

3) *Toda persona tiene derecho a establecer y mantener, por su propia cuenta, instituciones educativas independientes:*

- a) *En las que no se discrimine por motivo de raza;*
- b) *Que estén inscritas en los registros públicos; y*
- c) *Que mantengan estándares que no sean inferiores a los existentes en instituciones educativas públicas comparables.*

Se produce otra situación cuando la aplicación de un derecho exige cierta conducta por parte de los agentes no estatales. Un ejemplo son las obligaciones impuestas por la ley a los empleadores en relación con los derechos de los sindicatos y el derecho de huelga.

Constitución de Angola de 2010**Artículo 50 (“Libertad sindical”)**

1. *Se reconoce que todos los trabajadores tienen libertad para crear organizaciones sindicales para defender sus intereses colectivos e individuales.*

2. *Se reconoce que las asociaciones sindicales tienen el derecho de defender los derechos e intereses de los trabajadores y de ejercer el derecho de concertación social, que debe tener debidamente en cuenta los derechos fundamentales de la persona y de las comunidades y las capacidades reales de la economía, en los términos de la ley.*

3. *La ley regulará la constitución, afiliación, federación, organización y disolución de las asociaciones sindicales y garantizará su autonomía e independencia con respecto al empresariado y al Estado.*

Artículo 51 (“Derecho a la huelga y prohibición de los cierres patronales”)

1. *Los trabajadores tienen derecho a huelga.*

2. *Los cierres patronales están prohibidos y los empresarios no podrán provocar la paralización total o parcial de una empresa impidiendo que los trabajadores accedan a su lugar de trabajo o por medios similares para influir en el resultado de los conflictos laborales.*

3. *La ley regulará el ejercicio del derecho a la huelga y establecerá limitaciones a los servicios y actividades considerados esenciales y urgentes para cubrir las necesidades vitales de la sociedad.*

Algunas constituciones también hacen referencia expresa a la obligación que tienen determinados grupos de personas de respetar los derechos de otras personas. La Constitución de Colombia, por ejemplo, amplía el derecho a la tutela judicial.

Artículo 86, párrafo 4, de la Constitución de Colombia de 1991

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

FLASH

La protección efectiva de los derechos constitucionales puede requerir que los garantes de derechos sean fácilmente identificables con respecto a las obligaciones establecidas por algunos derechos.

3. Principios fundamentales

En las declaraciones de derechos contemporáneas a menudo se formulan explícitamente principios fundamentales en los que se basa el conjunto de derechos. Estos principios suelen seguir disposiciones similares consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en ambos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, entre los que se encuentran los principios de dignidad humana, libertad e igualdad. Sin embargo, las declaraciones de derechos pueden articular principios extraídos de otros tratados fundamentales de derechos humanos, como el del interés superior del niño de la Convención sobre los Derechos del Niño. El conjunto de principios enunciado en una constitución puede variar de un país a otro, en función de sus tradiciones culturales y jurídicas.

La dignidad humana

En muchas declaraciones de derechos se hace referencia a la dignidad humana como un valor fundamental que deben proteger los derechos constitucionales, con el razonamiento de que la dignidad de todo ser humano es un fin en sí mismo.

Artículo 30 de la Constitución de Polonia de 1997

La dignidad inherente e inalienable de la persona constituirá una fuente de libertades y derechos de las personas y los ciudadanos. Es inviolable. Las autoridades públicas tendrán la obligación de respetarla y protegerla.

Los textos constitucionales se abstienen de especificar más detalladamente el contenido de la dignidad humana, aunque este principio a veces se pone en contexto, por ejemplo, en el caso de las personas privadas de libertad. A pesar de la vaguedad de una disposición constitucional que requiera el respeto de la dignidad inherente a todas las personas, su inclusión en la declaración de derechos puede proporcionar una protección significativa en la práctica.

En resumen, la dignidad humana se percibe como:

- Una premisa fundamental de inalienabilidad de los derechos humanos enumerados en una constitución debido a su naturaleza intrínseca en relación con las personas.
- Un valor subyacente de la declaración de derechos del cual deberían extraerse directrices interpretativas dentro del proceso de aplicación de los derechos constitucionales.
- Un principio a partir del cual pueden interpretarse determinados derechos en el caso de una laguna normativa.

FLASH

La dignidad humana como característica intrínseca de todo individuo constituye la premisa básica de la universalidad de los derechos humanos y, por lo tanto, es fuente de la percepción de los derechos constitucionales como derechos de toda persona sometida a la jurisdicción del Estado.

Libertad

En las declaraciones de derechos, el principio de la libertad se expresa principalmente enunciando libertades “específicas”, como la libertad de opinión y de expresión, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de reunión o la libertad de asociación. Además, en algunas constituciones se articula el principio general de la libertad.

Artículo 31 de la Constitución de Polonia de 1997

- 1) *La libertad de la persona debe contar con protección jurídica.*
- 2) *Todas las personas deben respetar las libertades y los derechos de los demás. Nadie puede ser obligado a hacer algo que la ley no exija.*

No cabe duda de que la libertad es uno de los valores subyacentes de los tratados internacionales de derechos humanos y de las declaraciones de derechos en los países democráticos. En cuanto al fondo, la declaración de derechos de una constitución jamás podría ser admitida como conforme con las normas internacionales si no se basase en este principio. Aunque sería difícil justificar la opinión de que el principio de libertad debe formularse explícitamente en la constitución además de una lista de libertades específicas, esa opción tiene algunas ventajas importantes, tres de las cuales son particularmente significativas: a) el principio de libertad envía un mensaje claro de que las personas son libres a la luz de la constitución y que cualquier disposición legal que interfiera con la libertad es una excepción a la norma y debe justificarse a la luz de la constitución; b) el principio de libertad excluye esencialmente los sistemas regulatorios que exigen que un titular de derechos reciba una concesión o permiso previos para disfrutar de su libertad para realizar una acción u omisión específicas, a menos que dicha concesión o permiso sean indispensables en una sociedad democrática (véase el capítulo II, sección B.6, donde figuran comentarios sobre las limitaciones de los derechos constitucionales); y c) por último, el principio de libertad puede ser un argumento importante para una persona que reivindique la libertad de acción en ámbitos no cubiertos explícitamente por la ley.

Igualdad y no discriminación

La igualdad y la no discriminación siempre han sido componentes básicos del derecho internacional de los derechos humanos y aparecen en todos los instrumentos fundamentales de derechos humanos. También se consagran en una u otra forma, en la mayoría de las constituciones nacionales.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Artículo 2

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 26

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.

A la luz de estas disposiciones, el principio de igualdad está integrado por:

- El reconocimiento de todos como iguales ante la ley. Todos los órganos nacionales e internacionales, tanto legislativos como de aplicación de la ley por los tribunales y la Administración pública deben reconocer que todas las personas son iguales y están en las mismas condiciones en todas las esferas de la ley.
- El derecho de todas las personas a disfrutar de los mismos derechos proclamados por los instrumentos jurídicos sin ninguna distinción por motivos prohibidos.
- El derecho a la igualdad de trato: la ley debe aplicarse a todos por igual.
- El derecho a la igual protección de la ley: todas las personas deben tener el mismo acceso a los órganos y procedimientos establecidos para administrar justicia o proteger de otra manera los derechos e intereses de la población y deben disfrutar de las mismas condiciones ante ellos.

La prohibición de la discriminación es una de las dimensiones fundamentales del principio de igualdad. Por lo tanto, los instrumentos internacionales y, por regla general, las constituciones, desarrollan la prohibición de la discriminación como un principio separado al mismo nivel que el principio de igualdad. El derecho internacional de los derechos humanos es claro e inequívoco sobre la norma que debe cumplirse. Por “discriminación” se entiende cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.

Artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Los elementos básicos del enfoque definitorio empleado en la disposición citada se han aplicado en varios tratados de derechos humanos aprobados posteriormente²⁵. Los dos Comités que actúan bajo sus respectivos Pactos han adoptado un enfoque similar. El Comité de Derechos Humanos, en su observación general núm. 18 sobre la no discriminación, considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”²⁶. Si bien en la mayoría de los casos no se cuestionará la necesidad de incluir disposiciones relativas a la igualdad y la no discriminación en una constitución nacional, la naturaleza y la redacción precisas de estas disposiciones constituyen un tema que requiere especial atención. El principio de igualdad es uno de los fundamentos de las constituciones contemporáneas que se proclaman de forma explícita, ya sea en sus partes dedicadas a los principios generales del Estado o en la declaración de derechos.

Las Naciones Unidas deberían abordar los derechos establecidos en virtud del derecho internacional para los grupos que puedan ser víctimas de marginación y discriminación en el país, incluidas las mujeres, los niños, las minorías, los pueblos indígenas, los refugiados, los apátridas y los desplazados. Por ejemplo, se debería incorporar en las constituciones el principio de la igualdad entre los hombres y las mujeres y se debería alentar a los Estados a que estudien la posibilidad de establecer disposiciones especiales sobre los niños, en las que se reconozca su condición como sujetos de derechos humanos.

Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Assistance to Constitution-making Processes (Nota orientativa del Secretario General sobre la asistencia de las Naciones Unidas en los procesos constituyentes) (abril de 2009), pág. 4.

²⁵ Véase, por ejemplo, el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (véase el recuadro en la presente publicación).

²⁶ Párrafo 7. Véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009) sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.

Artículo 14 de la Constitución de Georgia de 1995

Toda persona nace libre y es igual ante la ley sin distinción de raza, color, idioma, sexo, religión, opiniones políticas y de otro tipo, pertenencia nacional, étnica y social, origen, propiedad y título, y lugar de residencia.

Artículo 27 (“Igualdad y derecho a la no discriminación”) de la Constitución de Kenia de 2010

1) *Toda persona es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección y beneficio de la ley.*

2) *La igualdad comprende el pleno e igual disfrute de todos los derechos y libertades.*

El principio de no discriminación significa que, para que los Estados garanticen una protección adecuada, la discriminación debe prohibirse tanto de manera formal como sustantiva. Para erradicar la discriminación formal es preciso asegurar que la constitución de un Estado no discrimine por ninguno de los motivos prohibidos. Por ejemplo, las constituciones no deberían conceder a las mujeres menos derechos que a los hombres. Para erradicar la discriminación sustantiva es preciso prohibir la discriminación en la práctica. Los Estados deben comprometerse a adoptar las medidas necesarias para eliminar los estereotipos, condiciones y actitudes que generan o perpetúan condiciones discriminatorias en la vida de las personas.

Algunas constituciones también proporcionan una definición de discriminación.

Artículo 16 (“Protección contra la discriminación”) de la Constitución de Mauricio de 1968

3) *A efectos del presente artículo, se entiende por “discriminación” dar un trato distinto a diferentes personas debido, única o principalmente, a sus respectivas características de raza, casta, lugar de origen, opiniones políticas, color, credo o sexo, y por dichas características causarles perjuicio o imponerles restricciones que no se causen ni se impongan a personas con otras características, o concederles privilegios o prerrogativas que no se concedan a personas con otras características.*

Otras constituciones se limitan a prohibir la discriminación.

Artículo 16 (“Universalidad e igualdad”) de la Constitución de Timor-Leste de 2002

2. *Nadie podrá ser discriminado por motivos de color, raza, estado civil, sexo, origen étnico, idioma, situación social o económica, convicciones políticas o ideológicas, religión, educación o condición física o mental.*

Artículo 27 (“Igualdad y derecho a la no discriminación”) de la Constitución de Kenya de 2010

4) *El Estado no discriminará directa o indirectamente a ninguna persona por ningún motivo, entre ellos, la raza, el sexo, el embarazo, el estado civil, el estado de salud, el origen étnico o social, el color, la edad, la discapacidad, la religión, la conciencia, las creencias, la cultura, la vestimenta, el idioma o el nacimiento.*

5) *Una persona no discriminará directa o indirectamente a otra por ninguno de los motivos especificados o contemplados en el párrafo 4).*

De manera similar a los instrumentos internacionales de derechos humanos, las disposiciones constitucionales suelen enumerar los “motivos prohibidos de discriminación”. Este enfoque recibe, de forma relativamente poco frecuente, una crítica relativa al riesgo de que una lista de motivos prohibidos pueda dar lugar a interpretaciones según las cuales sea admisible la discriminación basada en motivos distintos de los enumerados. Sobre la base de ese supuesto, algunas constituciones se abstienen de especificar los motivos por los que se prohíbe la discriminación.

Artículo 32 de la Constitución de Polonia de 1997

2) *Nadie podrá ser objeto de discriminación en la vida política, social o económica por ninguna razón.*

Los defensores de enumerar los motivos prohibidos de discriminación señalan dos argumentos principales. En primer lugar, esa lista contribuye a eliminar la discriminación por motivos determinados conocidos en la práctica jurídica o social. Por lo tanto, es una respuesta directa a unas necesidades existentes. En segundo lugar, siempre deberá interpretarse que la lista reviste únicamente carácter de ejemplo y, por lo tanto, es abierta, tanto si la disposición pertinente lo aclara explícitamente como si no. En el artículo 2 de ambos Pactos se resuelve el problema añadiendo

las palabras “o cualquier otra condición social”. Algunas constituciones siguen este ejemplo mientras que otras no. En ambos casos, sin embargo, la interpretación admisible desde la perspectiva del principio de igualdad es la misma. No obstante, la forma más segura de garantizar una protección completa en la constitución es proporcionar una lista de motivos prohibidos y especificar la inclusión de la expresión “o cualquier otra condición social”.

Es importante subrayar que, si un país quiere tener una incidencia real en las condiciones de desigualdad, su constitución debe encarnar plenamente el espíritu de la definición de no discriminación contenida en los instrumentos de derechos humanos. Por esta razón, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado sistemáticamente que los Estados partes incorporen en sus constituciones la definición que da la Convención.

Artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

En la mayoría de los casos, las constituciones contemporáneas no solo establecen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en términos generales, sino que también especifican los elementos de estos principios, ya sea mediante disposiciones sobre dimensiones específicas de la igualdad (por ejemplo, la igualdad entre hombres y mujeres) o en el contexto de diferentes temas constitucionales (por ejemplo, al respecto de la igualdad de trato en relación con la administración de la justicia, las relaciones laborales o el origen étnico)²⁷.

²⁷ Véase el capítulo II, sección C.1, de la presente publicación.

Artículo 19 de la Constitución de la Federación de Rusia de 1993

3. Los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos y libertades, y las mismas oportunidades para hacerlos realidad.

Artículo 48 de la Constitución de China de 1982

1. Las mujeres de la República Popular China gozarán de los mismos derechos que los hombres en todas las esferas de la vida, en particular en la vida política, económica, cultural, social y familiar.

2. El Estado protege los derechos e intereses de la mujer, aplica el principio de igualdad de remuneración de hombres y mujeres por un trabajo de igual valor y capacita y selecciona a mujeres para los puestos de responsabilidad.

En algunos casos, las disposiciones constitucionales tienen por objeto eliminar las costumbres y prácticas que son discriminatorias contra la mujer.

Artículo 24 de la Constitución de Malawi, modificada en 2010

- Será inválida toda ley que discrimine a la mujer por motivos de género o estado civil y se promulgará legislación para eliminar las costumbres y prácticas que discriminan a la mujer, particularmente prácticas como:
 - a) El abuso, el acoso y la violencia sexuales;
 - b) La discriminación en el trabajo, las empresas y los asuntos públicos; y
 - c) La privación de derechos de propiedad, incluidos los bienes recibidos por herencia.

Muchas constituciones se basan también en la interpretación contemporánea común del principio de igualdad, según la cual el Estado debe adoptar medidas con el fin de habilitar y empoderar a todas las personas para disfrutar de sus derechos. Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos destacan que los Estados están obligados a aprobar leyes y políticas que corrijan las desigualdades en el disfrute de los derechos humanos. A fin de lograr una igualdad real, los Estados suelen conceder una ventaja temporal a los grupos que históricamente se han visto desfavorecidos y a otras personas que, sin ese tipo de apoyo, sufrirían las consecuencias de la desigualdad de hecho. Eso se hace para eliminar las condiciones que estén perpetuando una falta de igualdad en el disfrute de los derechos humanos por parte de esos grupos y para acelerar el logro de la igualdad. Esas disposiciones suelen denominarse “medidas especiales de carácter temporal” o “medidas positivas”.

Artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

4. Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos también ofrecen aclaraciones útiles a ese respecto, en particular el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (recomendación general núm. 32), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (observación general núm. 20) y el Comité de Derechos Humanos (observación general núm. 18). Como se afirma en la recomendación general núm. 32 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: “El concepto de medidas especiales se basa en el principio de que las leyes, políticas y prácticas adoptadas y aplicadas para cumplir las obligaciones previstas en la Convención deben complementarse, cuando las circunstancias lo aconsejen, con la adopción de medidas especiales temporales destinadas a garantizar el disfrute pleno e igual de los derechos humanos y las libertades fundamentales por los grupos desfavorecidos”.

Artículo 27 (“Igualdad y derecho a la no discriminación”) de la Constitución de Kenya de 2010

6) Para hacer plenamente efectiva la realización de los derechos garantizados en virtud del presente artículo, el Estado adoptará medidas legislativas y de otra índole, incluidos programas de acción afirmativa y políticas destinadas a corregir la situación de desventaja sufrida por personas o grupos a causa de la discriminación en el pasado.

Algunos Estados pueden adoptar cuotas en sus constituciones para la realización en la práctica del objetivo de la igualdad.

Artículo 10 de la Constitución de Rwanda de 2003, con enmiendas hasta 2015

El Estado de Rwanda se compromete a respetar los siguientes principios fundamentales y garantizar su respeto:

4. La construcción de un Estado de derecho, un Gobierno democrático y pluralista, la igualdad de todos los rwandeses y entre hombres y mujeres, lo que quedará afirmado por la ocupación por parte de las mujeres de al menos el 30% de los cargos en los órganos decisorios.

Algunos Estados tal vez prefieran promover objetivos que estén formulados de forma amplia.

Artículo 100 (“Promoción de la representación de los grupos marginados”) de la Constitución de Kenia de 2010

El Parlamento aprobará una ley para promover la representación en el Parlamento de [...] las personas con discapacidad.

FLASH

En la práctica, si bien la redacción de los principios de igualdad y de no discriminación debe depender de las experiencias y tradiciones jurídicas de la sociedad en cuestión, la lista de motivos prohibidos que se enumeran en la Declaración Universal de Derechos Humanos puede servir de punto de referencia.

4. Categorías de derechos y libertades

La experiencia en la redacción de declaraciones de derechos contemporáneas ha demostrado que el alcance de la protección de los derechos humanos se ha visto muy influido por las siguientes consideraciones:

- El cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos y de otras obligaciones jurídicas del Estado de que se trate.
- La experiencia reciente de la sociedad: muchas declaraciones contemporáneas se redactaron en el marco de procesos históricos, como la transición a la democracia, la resolución de un conflicto

o la reconstrucción en situaciones posteriores a un conflicto, o la aparición de nuevos Estados.

- Las tradiciones jurídicas, políticas y culturales de un país.

La Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales fundamentales de derechos humanos suelen desempeñar un papel fundamental a la hora de orientar a los legisladores nacionales. Sin embargo, la asamblea constituyente no necesariamente tiene que ceñirse a la lista de derechos establecida en los tratados en los que el Estado sea parte, dado que algunos de esos derechos pueden no ser pertinentes en el país en cuestión por motivos históricos, por ejemplo, la prohibición de la esclavitud, la servidumbre o la privación de libertad por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

Las declaraciones de derechos en las constituciones aprobadas recientemente muestran una proporción importante de elementos comunes e incorporan muchos de los derechos humanos enunciados en los instrumentos internacionales. No obstante, en última instancia corresponde al Estado decidir la forma en que su constitución articulará y protegerá los derechos humanos universalmente reconocidos.

Los redactores de las reformas constitucionales pueden beneficiarse en gran medida de la abundancia de conocimientos especializados que figuran en las observaciones generales aprobadas por los órganos creados en virtud de los tratados fundamentales de derechos humanos. En la gran mayoría de las observaciones generales se interpretan los derechos y principios establecidos en los tratados respectivos y se resumen los conocimientos reunidos por los respectivos comités durante el examen de los informes periódicos presentados por los Estados partes. Por lo general, los comités examinan en detalle, entre otras cosas, el contenido normativo de los derechos y las libertades, las obligaciones contraídas por el Estado parte, las formas de aplicación, las vulneraciones, las reparaciones y la rendición de cuentas que se establecen en los tratados²⁸.

²⁸ En lo que respecta al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las observaciones generales núms. 3 a 7 y 9 a 21 podrían ser de especial utilidad en la elaboración de la declaración de derechos de una constitución. Los redactores de la parte de un proyecto de constitución relativa a los derechos civiles y políticos pueden beneficiarse en particular de las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos núms. 5 a 9, 11, 14, 16, 19, 20 a 22, 27, 29 y 31 a 33.

Derechos y libertades civiles

Esta categoría abarca los derechos que protegen la vida, la libertad, la vida privada, la seguridad física y la integridad personal del individuo, así como los derechos que establecen el acceso a los procedimientos de protección. Aunque no refleja todos los derechos proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye la gama más amplia de esos derechos.

Derechos incluidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

- Prohibición de la discriminación en el ejercicio de los derechos civiles y políticos.
- Igualdad de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos.
- Derecho a un recurso efectivo.
- Derecho a la vida.
- Prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Derecho a no ser sometido sin libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.
- Prohibición de la esclavitud y la servidumbre.
- Prohibición del trabajo forzoso u obligatorio.
- Libertad y seguridad personales.
- Derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente y con el respeto debido a su dignidad inherente.
- Prohibición del encarcelamiento por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.
- Libertad de circulación y de salir de su propio país y regresar a él.
- Derecho de los extranjeros a ser protegidos contra la expulsión arbitraria.
- Derecho a la igualdad ante juzgados y tribunales.
- Derecho a las debidas garantías procesales y a un juicio imparcial.
- Derechos de las personas acusadas de un delito en un procedimiento penal.
- Derecho al reconocimiento por ley de la personalidad jurídica.
- Derecho a la vida privada, a no ser objeto de injerencias en la familia o la correspondencia, y a estar protegido de ataques ilegales a su honra y reputación.
- Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

- Libertad de expresión y derecho a tener opiniones sin ser molestado.
- Libertad de reunión.
- Libertad de asociación.
- Derecho al matrimonio y a fundar una familia.
- Derecho a la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de su disolución.
- Derecho de todo niño a una protección adecuada.

Además, en la Declaración Universal de Derechos Humanos se consagran el derecho a la propiedad, el derecho al asilo y el derecho a la nacionalidad; sin embargo, su incorporación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos resultó imposible durante el proceso de negociación debido a las opiniones muy divergentes sobre su contenido y su función. No obstante, en vista de los acontecimientos recientes en el derecho internacional y el derecho constitucional, los responsables de reformas constitucionales deberían considerar la posibilidad de incorporar también esos derechos. Además, algunos derechos, como el derecho a la protección de la propiedad intelectual, pueden expresarse en tratados internacionales distintos de los tratados internacionales de derechos humanos y los redactores de las constituciones tal vez deseen incluir también esos derechos.

Sobre la base de los derechos consagrados en el Pacto Internacional, los derechos civiles suelen formularse como:

- Una libertad específica protegida por la ley, en ocasiones con la indicación de los motivos por los que pueden imponerse limitaciones a su ejercicio, como la libertad de circulación (artículo 12).
- La protección de un valor determinado, como el derecho a la vida (artículo 6) y el derecho a la vida privada (artículo 17).
- La prohibición de un ataque específico contra la dignidad de una persona o una injerencia en su libertad, como la prohibición de la tortura (artículo 7) y la prohibición de la esclavitud (artículo 8).

Los redactores del Pacto Internacional y de las declaraciones de derechos que figuran en muchas constituciones se esforzaron por hacer que los derechos civiles fuesen de aplicación inmediata (véase el capítulo II, sección B.5, de la presente publicación).

Artículo 4 (“Libertad de creencias, de conciencia y de confesión”) de la Ley Fundamental de Alemania de 1949

- 1) La libertad de creencias, de conciencia y de confesión religiosa o filosófica son inviolables.
- 2) Se garantizará la práctica sin trabas de la religión.
- 3) Nadie será obligado contra su conciencia a cumplir un servicio militar que incluya el empleo de armas. Los detalles se regularán en una ley federal.

Enmienda XIII de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787

Artículo 1. No existirá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya sido debidamente condenado, dentro de los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción.

Artículo 18 de la Constitución de Ghana de 1992

2) Nadie podrá ser objeto de injerencias en la vida privada de su hogar, sus bienes, su correspondencia o sus comunicaciones, salvo de conformidad con la ley y según sea necesario en una sociedad libre y democrática para la seguridad pública o el bienestar económico del país, para la protección de los derechos o libertades de los demás.

Artículo 23 (“Derecho a la tutela judicial”) de la Constitución de Eslovenia de 1991

Toda persona tiene derecho a que las decisiones relativas a sus derechos y obligaciones o a las acusaciones que se hayan hecho en su contra sean adoptadas sin demoras injustificadas por tribunales independientes e imparciales establecidos en virtud de la ley.

Solo un juez debidamente designado de conformidad con las normas previamente establecidas por la ley y los reglamentos judiciales podrá juzgar a esa persona.

Varios derechos civiles se caracterizan como absolutos en el sentido de que no pueden ser suspendidos ni siquiera durante un estado de excepción (véase el capítulo II, sección C.6, de la presente publicación).

Derechos y libertades políticos

La distinción entre los derechos civiles y políticos a veces no está clara porque varios derechos tienen ambas dimensiones. Por ejemplo, la libertad de asociación o la libertad de reunión se suelen percibir como derechos políticos, pero también pueden utilizarse para fines no políticos, como

organizar un grupo social o practicar una actividad de ocio junto con otras personas. Del mismo modo, la libertad de expresión y el derecho a tener opiniones sin ser molestado suelen considerarse derechos políticos, pero también pueden ser empleados en otros contextos, como las actividades culturales o deportivas. No obstante, en esta sección, si bien se hace esa consideración, se tratan los derechos que se centran en la libertad de participar en la gestión de los asuntos públicos.

Como derechos relacionados exclusivamente con la esfera política (derechos políticos en sentido estricto), el derecho a participar en el gobierno del país y el derecho a la igualdad de acceso a la función pública están consagrados en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es más concreto en ese aspecto.

Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;*
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

No es sorprendente que el Pacto no permita que se imponga ninguna limitación al derecho a participar en los asuntos públicos por motivos que sí son aplicables en el caso de algunas otras libertades, como las limitaciones aplicables a la libertad de expresión, el derecho de reunión pacífica o el derecho a la libertad de asociación, ya que esas limitaciones podrían cuestionar el principio del poder soberano del pueblo. En particular, serían inaceptables las limitaciones que pudieran excluir a sectores de la sociedad del proceso político (véase el capítulo II, sección C.5, de la presente publicación).

Los derechos mencionados en el artículo 25 del Pacto están reservados principalmente a los ciudadanos, aunque los Estados pueden concedérselos

también a los no ciudadanos. Esto ocurre cada vez más a nivel local con respecto a los inmigrantes que viven en un país durante un determinado período de tiempo. Otros derechos que son propios de la vida política se interpretan como accesibles para todos y en ellos la ciudadanía carece de importancia (véase el capítulo II, sección C.1, de la presente publicación). El Comité de Derechos Humanos se ha referido en diversas ocasiones en este contexto a la libertad de asociación, la libertad de reunión y la libertad de expresión, que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio elegido.

Con más frecuencia que en el pasado, las constituciones establecen específicamente libertades relativas a los partidos políticos. Teniendo en cuenta la función de los partidos políticos en el mecanismo político de un Estado, la constitución del país debe garantizar la libertad de establecer partidos, afiliarse a ellos y abandonarlos, así como el derecho de los partidos a actuar libremente. Por regla general, las constituciones no permiten que los partidos políticos realicen actividades que sean incompatibles con el orden democrático.

Artículo 13 de la Constitución de Burkina Faso de 1991

Los partidos y formaciones políticas se crean libremente.

Participan en la actividad de la vida política, en la información y educación del pueblo, así como en la expresión del sufragio.

Realizan libremente sus actividades dentro del respeto de las leyes.

Todas las formaciones y partidos políticos son iguales en derechos y deberes.

Sin embargo, no están autorizados los partidos políticos y formaciones de tipo tribal, regionalista, confesional o racista.

Artículo 48 (“Derecho de asociación”) de la Constitución de Estonia de 1992

1. Toda persona tiene derecho a crear asociaciones y ligas sin fines de lucro. Solo podrán ser miembros de los partidos políticos los ciudadanos de Estonia.

[...]

3. Se prohibirán las asociaciones, ligas o partidos políticos cuyos objetivos o actividades estén encaminados a cambiar mediante la violencia el sistema constitucional de Estonia o vulnerar de otra forma una ley penal.

4. La terminación o suspensión de las actividades de una asociación, liga o partido político y su penalización solo podrán ser invocadas por un tribunal, en los casos en que se haya violado una ley.

Los derechos políticos establecidos en los instrumentos internacionales suelen constituir el núcleo de esta categoría de derechos consagrados en las declaraciones de derechos constitucionales. Sin embargo, estos últimos suelen ir más allá del esquema internacional, que debería interpretarse como una lista mínima de derechos, que representa un denominador común en un mundo diversificado desde el punto de vista político. Algunas constituciones intentan abordar problemas subyacentes a los conflictos políticos entre los distintos grupos sociales o étnicos. Por ejemplo, el concepto de reparto del poder en un marco democrático a veces se describe en detalle y se incluyen medidas destinadas a garantizar la participación efectiva de los diferentes grupos en la gestión pública con el fin de asegurar la estabilidad. Estos derechos adicionales sobre la representación de grupos determinados tienen un carácter político que va más allá de los derechos políticos que se expresan en el Pacto.

FLASH

Las distintas formas políticas y experiencias históricas de los Estados contemporáneos han dado lugar a que muchas asambleas constituyentes buscasen un entramado de derechos políticos propio del país en cuestión. No obstante, es fundamental que esos intentos reconozcan y apliquen las normas internacionales de derechos humanos en esta esfera.

Derechos y libertades económicos, sociales y culturales

El debate internacional sobre la naturaleza y la situación de los derechos económicos, sociales y culturales alcanzó un punto de inflexión en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, cuando se reiteró, con el apoyo de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, el principio de que todas las categorías de derechos —civiles, culturales, económicos, políticos y sociales— tenían igual valor²⁹.

El catálogo de derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales va más allá del alcance de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

²⁹ Véase también Yash Ghai y Jill Cottrell, *The Millennium Declaration, Rights, and Constitutions* (Nueva Delhi, Oxford University Press, 2011).

Derechos incluidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

- Prohibición de la discriminación en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2).
- Igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3).
- Derecho a trabajar (artículo 6).
- Derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7).
- Derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección (artículo 8, párrafo 1 a)).
- Derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos (artículo 8, párrafo 1 c)).
- Derecho de huelga (artículo 8, párrafo 1 d)).
- Derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social (artículo 9).
- Obligación del Estado de conceder protección y asistencia a la familia (artículo 10, párrafo 1).
- Derecho al libre consentimiento de los futuros cónyuges para contraer matrimonio (artículo 10, párrafo 1).
- Obligación del Estado de conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto (artículo 10, párrafo 2).
- Obligación del Estado de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes (artículo 10, párrafo 3).
- Derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluido el derecho a una alimentación, vestido y vivienda adecuados (artículo 11, párrafo 1).
- Derecho a estar protegido contra el hambre (artículo 11, párrafo 2).
- Derecho a la salud (artículo 12).
- Derecho a la educación (artículo 13).
- Derecho a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a)).
- Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones (artículo 15, párrafo 1 b)).
- Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora (artículo 15, párrafo 1 c)).

Cabe señalar que, además de la lista anterior, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado que el artículo 11, sobre el derecho a un nivel de vida adecuado, y el artículo 12, sobre el derecho a la salud, establecen un derecho al agua.

En algunos países, aun cuando han formulado compromisos internacionales en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sigue habiendo resistencia a incorporar esta categoría de derechos en su derecho constitucional. En esos casos, los derechos específicos se recogen en la legislación ordinaria. En otros países, los derechos económicos, sociales y culturales no están indicados en las constituciones, pero se aborda la situación social de la población por medio de una declaración en la constitución de las responsabilidades pertinentes del Estado. Como cuestión de principio, ello debilita la posición de las personas ya que, en virtud de una norma de este tipo, estas aparecen solo como receptoras de prestaciones sociales proporcionadas por el Estado y no como titulares de derechos reivindicables.

Se podría concluir que las diferencias en los ordenamientos jurídicos y en los diversos enfoques doctrinales contribuyen a este mosaico de soluciones constitucionales. Sin embargo, la opción más frecuente entre los redactores de muchas constituciones recientes es elaborar una declaración de derechos que abarque todas las categorías de derechos.

A pesar de esta tendencia, la redacción de la parte de la declaración de derechos que guarda relación con los derechos económicos, sociales y culturales debe incluir algunas consideraciones más que para la redacción de la parte relativa a los derechos civiles y políticos³⁰. Dado que los derechos relativos a las prestaciones sociales o culturales dependen en gran medida de la capacidad del Estado, las asambleas constituyentes se muestran especialmente cautelosas a la hora de establecer normas al respecto. Es necesario encontrar las fórmulas adecuadas para abordar cuestiones concretas de orden económico, social y cultural sin hacer promesas poco realistas y por tanto engañosas (véase el capítulo II, sección B.5, de la presente publicación).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como las declaraciones de derechos de varias constituciones, establecen

³⁰ Véase ACNUDH, *Folleto informativo núm. 33: Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales* (Nueva York y Ginebra, diciembre de 2008); y ACNUDH, *Folleto informativo núm. 16 (Rev. 1): El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Nueva York y Ginebra, 1996).

una diferencia entre la proclamación de derechos y la de obligaciones, como se muestra en los ejemplos que figuran a continuación.

Un derecho o una libertad que es directamente aplicable y puede aplicarse con efecto inmediato:

Artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.

Artículo 27 de la Constitución de Bahrein de 1973

La libertad de constituir asociaciones y sindicatos de ámbito nacional, con fines lícitos y por medios pacíficos, se garantizará de conformidad con las condiciones y procedimientos estipulados por la ley. Nadie podrá ser obligado a ingresar en una asociación o en un sindicato ni a permanecer en ellos.

Derecho a una prestación social:

Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la morbilidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Artículo 41 (“Derecho a la protección de la salud”) de la Constitución de Azerbaiyán de 1995

1. Toda persona tendrá derecho a la protección de la salud y a la asistencia médica. El Estado, actuando sobre la base de diversas formas de propiedad, adoptará las medidas necesarias para promover el desarrollo de todos los aspectos de los servicios de salud, garantizar la seguridad sanitaria y epidemiológica y crear diversas formas de seguro médico. Se exigirán responsabilidades a las autoridades que oculten los hechos y las causas que creen un peligro para la vida y la salud de las personas.

Artículo 45 (“Seguridad social”) de la Constitución de China de 1982

1. Los ciudadanos de la República Popular China tienen derecho a la asistencia material del Estado y de la sociedad cuando tienen una edad avanzada, están enfermos o tienen una discapacidad. El Estado desarrolla la seguridad social, la ayuda social y los servicios médicos y sanitarios necesarios para que los ciudadanos puedan disfrutar de este derecho.

Una obligación del Estado:

Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

- a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;
- b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

Artículo 48 de la Constitución del Ecuador de 2008

El Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren:

- 1. La inclusión social, mediante planes y programas estatales y privados coordinados, que fomenten su participación política, social, cultural, educativa y económica.*
- 2. La obtención de créditos y rebajas o exoneraciones tributarias que les permita iniciar y mantener actividades productivas, y la obtención de becas de estudio en todos los niveles de educación.*
- 3. El desarrollo de programas y políticas dirigidas a fomentar su esparcimiento y descanso.*
- 4. La participación política, que asegurará su representación, de acuerdo con la ley.*
- 5. El establecimiento de programas especializados para la atención integral de las personas con discapacidad severa y profunda, con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, el fomento de su autonomía y la disminución de la dependencia.*
- 6. El incentivo y apoyo para proyectos productivos a favor de los familiares de las personas con discapacidad severa.*
- 7. La garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.*

Una directriz de políticas:

Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho [el derecho al trabajo] deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Artículo 21 (“Salud”) de la Constitución de China de 1982

1. El Estado desarrolla los servicios médicos y sanitarios, promueve la medicina moderna y la medicina tradicional china, estimula y apoya el establecimiento de diversas instalaciones médicas y sanitarias por parte de los colectivos económicos rurales, las empresas e instituciones estatales y las organizaciones vecinales, y promueve actividades sanitarias masivas, todo ello para proteger la salud del pueblo.

2. El Estado desarrolla la cultura física y promueve actividades deportivas de masas para mejorar el estado físico de la población.

Artículo 16 de la Constitución de Nigeria de 1999

2) El Estado orientará su política a garantizar:

[...]

d) Que se ofrezca a todos los ciudadanos un alojamiento y una alimentación adecuados y suficientes, un salario mínimo nacional razonable, servicios de atención y pensiones para la vejez, prestaciones por desempleo y enfermedad y servicios de bienestar social en caso de discapacidad.

Los redactores de declaraciones de derechos constitucionales deberán ser conscientes de la posible diversidad de enfoques normativos de los derechos económicos, sociales y culturales y guiarse por ella. Deberá darse preferencia a la creación de derechos y libertades exigibles si las capacidades del Estado lo permiten. Sin embargo, sería desacertado dejar de lado una cuestión determinada únicamente porque las capacidades existentes no permitan establecer ese derecho. Por ejemplo, si en una determinada situación resultase imposible proclamar un derecho exigible a una vivienda adecuada, la asamblea constituyente debería examinar otras formas que pudiesen contribuir a abordar este tema en la constitución, por ejemplo, mediante la formulación de una obligación o una política del Estado. Esto podría ayudar a orientar los avances sobre esta cuestión y a lograr que las autoridades responsables rindan cuentas de sus actos. Además, el empleo de ese lenguaje en la constitución podría allanar el camino para establecer un derecho exigible en el futuro, cuando el nivel de recursos disponibles y necesarios fuese el adecuado.

En efecto, la aplicación de muchos derechos económicos, sociales y culturales puede ser objeto de un proceso progresivo, tal como se establece en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

A este respecto, la interpretación del Pacto que realiza el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ofrece la orientación necesaria a los redactores de la declaración de derechos de una constitución³¹.

Según el Comité, la cláusula contenida en el artículo 2 sobre la aplicación progresiva de los derechos no puede utilizarse como excusa para justificar el incumplimiento de las normas consagradas en el Pacto. Se pueden extraer de este análisis los siguientes elementos:

- El Pacto contiene derechos y otras disposiciones que exigen una aplicación inmediata, como la eliminación de la discriminación (artículo 2, párrafo 2), el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos, y a la huelga (artículo 8), el derecho a proteger a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social (artículo 10, párrafo 3), el derecho a un salario igual por trabajo de igual valor sin distinciones de ningún tipo (artículo 7 a i)), la provisión de enseñanza primaria gratuita y obligatoria para todos (artículo 13, párrafo 2 a)), la libertad de los padres de escoger escuelas para sus hijos (artículo 13, párrafo 3), la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza (artículo 13, párrafo 4), la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora (artículo 15, párrafo 3) y la elaboración de un plan de acción para garantizar la enseñanza primaria gratuita y obligatoria para todos (artículo 14).
- El Pacto establece una obligación de resultado, que consiste en adoptar medidas “para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” reconocidos en el Pacto (artículo 2, párrafo 1).

³¹ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 3 (1990), sobre la índole de las obligaciones de los Estados partes.

- Dado que muchos Estados no podrán realizar plenamente todos los derechos económicos, sociales y culturales en un espacio de tiempo breve, la cláusula de la aplicación progresiva debe interpretarse en el sentido de que brinda la flexibilidad necesaria, lo que refleja la realidad, pero reitera el objetivo general del Pacto (artículo 2, párrafo 1).

Por último, cabe señalar que los derechos económicos, sociales y culturales se abordan no solo en los tratados fundamentales de derechos humanos, sino también en otros tratados, incluidos los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y las convenciones de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, que también deberían tenerse en cuenta en el proceso de reforma constitucional, cuando proceda.

Otros instrumentos internacionales pertinentes para los derechos económicos, sociales y culturales

1962 Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios

Organización Internacional del Trabajo

1930 Convenio sobre el Trabajo Forzoso (núm. 29)

1948 Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (núm. 87)

1949 Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva (núm. 98)

1951 Convenio sobre Igualdad de Remuneración (núm. 100)

1957 Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso (núm. 105)

1958 Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) (núm. 111)

1964 Convenio sobre la Política del Empleo (núm. 122)

1973 Convenio sobre la Edad Mínima (núm. 138)

1989 Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (núm. 169)

1999 Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (núm. 182); Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

1960 Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza

5. Admisibilidad de las limitaciones

Como se ha indicado *supra* en el capítulo II, sección B.6, los instrumentos internacionales permiten limitaciones (restricciones) en diversas situaciones. El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene un principio general según el cual “en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, este podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”. Por ejemplo, como se describe en el Pacto, el derecho a fundar sindicatos incluye referencias a posibles restricciones y el derecho de huelga está garantizado únicamente en el marco del derecho interno, pero estas restricciones se siguen rigiendo por el principio general enunciado en el artículo 4.

Artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:
 - a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
[...]
 - c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
 - d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.
2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.
3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

Artículo 37 de la Constitución de Eslovaquia de 1992

- 1) *Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras para la protección de sus intereses económicos y sociales.*
- 2) *Los sindicatos se constituirán con independencia del Estado. No podrán imponerse límites al número de sindicatos ni podrá promoverse un sindicato concreto en una empresa o industria.*
- 3) *Las actividades de los sindicatos y otras asociaciones constituidas para la protección de los intereses económicos y sociales podrán limitarse por ley únicamente cuando, en una sociedad democrática, ello resulte necesario para la protección de la seguridad del Estado, el orden público y los derechos y libertades de otras personas.*
- 4) *Se garantiza el derecho de huelga. Sus condiciones serán establecidas por ley. Los jueces, los fiscales, los miembros de las fuerzas armadas y los bomberos quedan excluidos del ejercicio de este derecho.*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé la posibilidad de limitaciones en las disposiciones relativas a los derechos específicos, y en particular a la libertad de circulación, el derecho a un juicio público, la libertad de manifestar la religión o las creencias, la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación. Esto significa que no se permiten las limitaciones con respecto a otros derechos, salvo la suspensión de derechos en caso de estado de emergencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Pacto (véase el capítulo II, sección C.6, de la presente publicación). En las disposiciones pertinentes del Pacto, se especifican los motivos para que una limitación sea admisible y su articulación se ajusta al contenido del derecho y varía ligeramente. Al redactar la declaración de derechos de una constitución, es conveniente consultar las disposiciones pertinentes de los tratados internacionales a fin de evitar que las disposiciones de la constitución permitan restringir los derechos en situaciones o por motivos que no estén permitidos por las normas internacionales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 12

1. *Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.*
2. *Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.*
3. *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 públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.*

Artículo 19

1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*
 - a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
 - b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

Artículo 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Varias declaraciones nacionales de derechos se refieren a limitaciones similares.

Artículo 24 de la Constitución de Georgia de 1995

4. El ejercicio de los derechos enumerados en los párrafos primero y segundo del presente artículo [libertad de opinión, medios de comunicación, derecho a recibir y difundir información libremente] podrá restringirse por ley con las condiciones que sean necesarias en una sociedad democrática, para garantizar la seguridad del Estado, la integridad territorial o la seguridad pública, prevenir el delito, proteger los derechos y la dignidad de las personas, impedir la divulgación de información confidencial o garantizar la independencia y la imparcialidad de la justicia.

Artículo 24 (“Leyes restrictivas”) de la Constitución de Timor-Leste de 2002

1. Solo se podrán imponer por ley restricciones a los derechos, las libertades y las garantías a fin de salvaguardar otros derechos o intereses protegidos por la Constitución y solo en los casos que se especifican en la Constitución.

2. Las leyes que limiten los derechos, libertades y garantías deberán ser de carácter general y abstracto, no podrán reducir la extensión o el alcance del contenido esencial de las disposiciones constitucionales y no podrán tener un efecto retroactivo.

Se hace referencia a un motivo particular para las limitaciones en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclama el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos “sin restricciones indebidas”. Una interpretación simple de esta disposición sería que se permiten las “restricciones razonables”. En su observación general núm. 25, el Comité de Derechos Humanos no define el significado de esos términos del artículo 25. A modo de ejemplo, sin embargo, sí menciona el establecimiento de una edad mínima para votar como una restricción razonable. La observación general también ofrece varios ejemplos de posibles “restricciones excesivas”, como requisitos discriminatorios para candidatos en las elecciones (por ejemplo, el nivel de instrucción, el lugar de residencia o la descendencia, o la pertenencia a un partido determinado) o la delimitación de los distritos electorales y el método de asignación de votos que restrinjan de forma irrazonable el derecho de los ciudadanos a elegir libremente a sus representantes. Se podría decir que, en este contexto,

“indebido” significa incompatible con la esencia del derecho o en violación de los demás derechos enunciados en el Pacto.

La introducción de limitaciones a los derechos es una cuestión muy delicada y puede tener importantes repercusiones en su disfrute. Por lo tanto, es importante que, en la declaración de derechos de una constitución, sobre todo en los países en transición que no cuenten con una doctrina jurídica plenamente establecida a este respecto, se establezcan principios para la aprobación de esas limitaciones.

Artículo 31 de la Constitución de Polonia de 1997

- 1) *La libertad de la persona debe contar con protección jurídica.*
- 2) *Todas las personas deben respetar las libertades y los derechos de los demás. Nadie puede ser obligado a hacer algo que la ley no exija.*
- 3) *El ejercicio de las libertades y derechos constitucionales solo podrá ser limitado por ley y cuando sea necesario en un Estado democrático para proteger su seguridad o el orden público, o para proteger el medio ambiente natural, la salud o la moral pública, o las libertades o derechos de otras personas. Esas limitaciones no podrán conculcar la esencia de las libertades y los derechos.*

FLASH

Las limitaciones de derechos pueden ser necesarias, pero para que estén justificadas deben cumplir criterios estrictos establecidos por instrumentos internacionales. En caso de que las limitaciones sean admisibles, quedaría más claro si ello se articulase y se estableciesen unos criterios adecuados en la declaración de derechos de la constitución. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la siguiente opinión del Comité de Derechos Humanos: “En varias ocasiones, el Comité ha expresado su preocupación porque algunos derechos que no pueden ser suspendidos conforme al párrafo 2 del artículo 4 están siendo suspendidos o están expuestos a suspensión debido a las insuficiencias del ordenamiento jurídico de un determinado Estado parte” (observación general núm. 29 (2001), párrafo 7).

6. La protección de los derechos y los estados de emergencia

Puede haber situaciones de emergencia naturales o de origen humano que requieran la suspensión de algunos derechos o elementos de estos, situaciones que están previstas en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: la cláusula de suspensión

1. *En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.*

2. *La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.*

Los derechos y prohibiciones que no pueden suspenderse de conformidad con esta disposición son: el derecho a la vida (artículo 6); la prohibición de las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, o de los experimentos médicos o científicos de no mediar libre consentimiento (artículo 7); la prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre (artículo 8); la prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (artículo 11); la prohibición de ser condenado por actos que en el momento de cometerse no fueran delictivos (artículo 15); el derecho, en todas partes, al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 16); y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18). Las medidas de suspensión no deben entrañar discriminación alguna por los motivos especificados en el artículo 4, párrafo 2, del Pacto.

Un Estado parte que declare el estado de emergencia está obligado a informar de inmediato al Secretario General de las Naciones Unidas sobre las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y los motivos de la imposición de esas medidas. El Estado parte hará una nueva comunicación al Secretario General en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

El Comité de Derechos Humanos ha aclarado que la cláusula de suspensión, por una parte, autoriza a un Estado parte a suspender unilateralmente algunas de las obligaciones que le incumben en virtud del Pacto, pero, por otra, somete esa suspensión a un régimen jurídico y un procedimiento

de examen por parte de la comunidad internacional. El Comité destaca dos condiciones básicas que deben cumplirse para una suspensión de derechos: la emergencia pública debe constituir un peligro para la vida de la nación y debe haberse realizado la notificación mencionada más arriba. Además, el Comité subraya que las medidas que suspendan la aplicación de disposiciones del Pacto deben serlo “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación”³².

La observación general núm. 29, de la que se han extraído esas opiniones, amplía aún más la lista de derechos excluidos de la suspensión aduciendo que la categoría de normas imperativas de derecho internacional va más allá de la lista de artículos cuya

Normas imperativas: normas del derecho internacional de las que los Estados no se pueden apartar (*ius cogens* – no se permite su suspensión).

aplicación no puede suspenderse que figura en el artículo 4, párrafo 2. Como ejemplos, el Comité enumera las violaciones del derecho humanitario, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos mediante la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia³³. Además, a juicio del Comité, en las disposiciones del Pacto que no figuran en el artículo 4 hay elementos que no pueden ser objeto de suspensión y en ese contexto se refiere a lo siguiente: a) toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano; b) las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros o la detención no reconocida; c) elementos de la protección internacional de los derechos de las personas pertenecientes a minorías; d) la prohibición de la deportación o el traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el derecho internacional, en forma de desplazamiento forzado de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes; e) la prohibición de que un Estado parte incurra, en violación del artículo 20, en propaganda en favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia; f) el derecho a recursos contra las violaciones de los derechos no susceptibles de suspensión, incluidas las garantías procesales y judiciales.

³² Observación general núm. 29 (2001), párrafo 4.

³³ *Ibid.*, párrafo 11.

Al redactar una constitución, es importante tener en cuenta el artículo 4 del Pacto, así como las orientaciones proporcionadas en la observación general núm. 29, independientemente de que el estado de excepción se aborde en la declaración de derechos o en cualquier otra parte de la constitución, como en un capítulo separado. De hecho, las constituciones contemporáneas suelen seguir el concepto adoptado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al enumerar los derechos no susceptibles de suspensión o los que sí pueden ser suspendidos. Ambas soluciones parecen ser aceptables.

Artículo 25 (“Estado de excepción”) de la Constitución de Timor-Leste de 2002

1. *La suspensión de los derechos, las libertades y las garantías fundamentales solo puede producirse si se ha declarado un estado de sitio o un estado de emergencia, según lo dispuesto en la Constitución.*
2. *Solo se podrá declarar un estado de sitio o un estado de emergencia en caso de agresión efectiva o inminente de una fuerza extranjera, graves alteraciones o amenaza de graves alteraciones del orden constitucional democrático, o catástrofe nacional.*
3. *La declaración del estado de sitio o el estado de emergencia deberá fundamentarse, especificando los derechos, libertades y garantías cuyo ejercicio se prevé suspender.*
4. *La suspensión no podrá durar más de 30 días, sin perjuicio de su posible renovación justificada, cuando ello sea estrictamente necesario, por el mismo período de tiempo.*
5. *Bajo ninguna circunstancia podrá la declaración de un estado de sitio afectar al derecho a la vida, la integridad física, la ciudadanía, la no retroactividad del derecho penal, la defensa en una causa penal y la libertad de conciencia y religión, el derecho a no ser sometido a tortura, esclavitud o servidumbre, el derecho a no ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y la garantía de la no discriminación.*
6. *Las autoridades deberán restablecer la normalidad constitucional cuanto antes.*

FLASH

Un estado de emergencia, que incluya la suspensión de derechos y libertades, solo puede imponerse como medida excepcional y temporal. La Constitución debe dejar claro que esta medida deberá levantarse tan pronto como dejen de existir las condiciones que la exijan. Es vital que las medidas jurídicas excepcionales por las que se suspendan los derechos y libertades se levanten, a más tardar, cuando finalice el estado de emergencia.

7. Deberes legales de la persona

El concepto de la responsabilidad es fundamental para los derechos humanos. Como se indica en las secciones B.6 y C.2 del presente capítulo, la libertad no equivale a la anarquía y tiene sus límites en el deber de respetar los derechos y libertades de los demás. Esto significa que el disfrute de los derechos y libertades individuales debe llevarse a cabo con un grado mínimo de responsabilidad. Además, parece haber pocas dudas de que toda persona no solo es titular de derechos sino también garante de ellos, lo que refleja la obligación de responsabilidad de los seres humanos con respecto a, por ejemplo, la familia, la sociedad y el Estado y sus instituciones. Muchos de esos deberes tienen un carácter ético, como el de apoyar a los miembros de la familia en determinadas situaciones. Algunos han visto reconocida su importancia en la sociedad, hasta tal punto que se han articulado en la legislación de algunos Estados y se han convertido en obligaciones jurídicas. Los padres, por ejemplo, tienen en la legislación de la mayoría de Estados el deber legal de mantener y cuidar a sus hijos hasta que sean mayores de edad, y en algunos Estados puede existir el deber legal de que los hijos adultos cuiden de sus padres de edad avanzada.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos se reconocen los derechos de la persona respecto de la comunidad y la función de la comunidad en el desarrollo de las personas.

Artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 se refiere a las obligaciones individuales en términos similares.

Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Conscientes de que las personas, que tienen obligaciones respecto a otras personas y a la comunidad a la que pertenecen, tienen la responsabilidad de procurar, por todos los medios, que se promuevan y respeten los derechos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos [...]

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los padres o tutores son responsables de la crianza y el desarrollo del niño, así como de proporcionar, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño (artículo 18, párrafo 1, y artículo 27, párrafo 2). Sin embargo, en términos generales, los tratados internacionales de derechos humanos normalmente se abstienen de señalar deberes concretos e individuales.

Cabe señalar que los instrumentos africano e interamericano de derechos humanos se refieren a los deberes de la persona, tanto en general como en términos concretos. En primer lugar, tratan de conciliar los derechos y deberes individuales.

Preámbulo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981

Considerando que el disfrute de derechos y libertades también implica el cumplimiento de deberes por parte de todos [...]

Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948

El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

En segundo lugar, estos instrumentos establecen varios deberes individuales concretos³⁴.

³⁴ Véanse también los artículos 29 a 38 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981

Artículo 27

1. Todo individuo tendrá deberes para con su familia y sociedad, para con el Estado y otras comunidades legalmente reconocidas, así como para con la comunidad internacional.

Artículo 28

Todo individuo tendrá el deber de respetar y considerar a sus semejantes sin discriminación, y de mantener relaciones encaminadas a promover, salvaguardar y fortalecer el respeto y la tolerancia mutuos.

Artículo 29

El individuo tendrá el deber de:

- 1. Preservar el desarrollo armonioso de la familia y fomentar el respeto y la cohesión de esta; respetar a sus padres en todo momento y mantenerlos en caso de necesidad;*
- 2. Servir a su comunidad nacional poniendo sus aptitudes físicas e intelectuales a su servicio;*
- 3. No comprometer la seguridad del Estado del cual sea nacional o residente;*
- 4. Preservar y reforzar la solidaridad nacional y social, especialmente cuando la primera se vea amenazada;*
- 5. Preservar y reforzar la independencia nacional y la integridad territorial de su país, así como contribuir a su defensa de conformidad con la ley;*
- 6. Trabajar al máximo de su rendimiento y pagar los impuestos estipulados por la ley en el interés de la sociedad;*
- 7. Preservar y reforzar los valores culturales africanos positivos en sus relaciones con los demás miembros de la sociedad en un espíritu de tolerancia, diálogo y consulta y, en general, contribuir a la promoción del bienestar moral de la sociedad;*
- 8. Contribuir en todo lo posible, en todo momento y a todos los niveles a la promoción y la consecución de la unidad africana. El cumplimiento del deber por cada persona es un requisito para los derechos de todos. Los derechos y deberes están interrelacionados en todas las actividades sociales y políticas del hombre. Mientras que los derechos constituyen una exaltación de la libertad individual, los deberes son la expresión de la dignidad de esa libertad.*

Varios países han incluido en sus textos constitucionales, ya sea en la declaración de derechos o en otra sección, algunos deberes fundamentales de los individuos para con el Estado o la comunidad. Los deberes individuales que aparecen con mayor frecuencia en los textos constitucionales guardan relación con el respeto de la ley, el pago de impuestos y la defensa del país. En algunos casos, sin embargo, los deberes constitucionales van más allá de esta lista de ejemplos que depende de las tradiciones y experiencias de una sociedad determinada. Además, esos textos contienen catálogos de obligaciones de carácter jurídico y, principalmente, ético. Parece que los países en transición, que en cierto modo están estableciendo nuevamente su condición de Estado, muy a menudo asignan gran importancia a proclamar en su constitución las responsabilidades de los ciudadanos hacia el Estado. Por otra parte, en algunos Estados la formulación jurídica de cada una de las obligaciones se ha dejado para la legislación ordinaria y los textos constitucionales guardan silencio a ese respecto.

Artículo 24 de la Constitución de Nigeria de 1999

Será obligación de todos los ciudadanos:

- a) cumplir esta Constitución, respetar sus ideales y sus instituciones, la bandera nacional, el himno nacional, el juramento nacional y a las autoridades legítimas;*
- b) ayudar a aumentar el poder, el prestigio y la reputación de Nigeria, defender el país y prestar el servicio nacional que se precise;*
- c) respetar la dignidad de los demás ciudadanos y los derechos e intereses legítimos de los demás y vivir en unidad y armonía y en un espíritu de hermandad común;*
- d) hacer una contribución positiva y útil para el adelanto, el progreso y el bienestar de la comunidad en que residan;*
- e) prestar asistencia a los órganos pertinentes y legítimos para el mantenimiento del orden público; y*
- f) declarar con probidad sus ingresos a los organismos pertinentes y legítimos y pagar sus impuestos con prontitud.*

Artículo 67 (“Responsabilidades y deberes”) de la Constitución de Maldivas de 2008

El ejercicio y goce de los derechos y libertades fundamentales es inseparable del cumplimiento de las responsabilidades y los deberes, y es responsabilidad de todo ciudadano:

- a) respetar y proteger los derechos y las libertades de los demás;*
- b) fomentar la tolerancia, el respeto mutuo y la amistad entre todas las personas y grupos;*
- c) contribuir al bienestar y el progreso de la comunidad;*
- d) promover la soberanía, la unidad, la seguridad, la integridad y la dignidad de Maldivas;*
- e) respetar la Constitución y el Estado de derecho;*
- f) promover los valores y prácticas democráticos de una forma que no sea contraria a ningún principio del islam;*
- g) preservar y proteger el islam como religión oficial, y la cultura, el idioma y el patrimonio del país;*
- h) preservar y proteger el medio ambiente natural, la biodiversidad, los recursos y la belleza del país y abstenerse de toda forma de contaminación y degradación ecológica;*
- i) respetar la bandera nacional, el emblema del Estado y el himno nacional.*

Toda persona que se encuentre en Maldivas también deberá respetar esas obligaciones.

Las constituciones suelen establecer una diferencia entre los deberes de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado y los de sus ciudadanos. En el caso de que se haga esa diferencia, una constitución puede imponer únicamente a sus propios nacionales los deberes relacionados con la vinculación especial entre un ciudadano y el Estado.

Constitución del Afganistán de 2004

Artículo 42

Todos los afganos deben pagar impuestos y derechos al Estado de conformidad con las disposiciones de la ley.

Artículo 49

La participación activa, en tiempos de guerra, catástrofe y otras situaciones que amenacen la vida y la comodidad de la población será uno de los deberes nacionales de todo afgano.

Artículo 55

La defensa del país será obligación de todos los ciudadanos del Afganistán. Las condiciones de servicio obligatorio serán reguladas por la ley.

Artículo 56

La observancia de las disposiciones de la Constitución, la obediencia de las leyes y el respeto del orden y la seguridad públicos serán obligación de todos los ciudadanos del Afganistán.

D. Garantías institucionales y procesales de los derechos

1. Aplicación de la constitución y ejercicio de los derechos humanos

El pleno ejercicio de los derechos humanos requiere tanto un orden social propicio como un conjunto de garantías específicamente concebidas para protegerlos. La Declaración Universal de Derechos Humanos incluye derechos que favorecen un orden social estable y ofrece garantías procesales para garantizar la protección de sus disposiciones en materia de derechos humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 28

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Una constitución democrática desempeña un papel central en el establecimiento de ese orden social propicio. Por lo tanto, es vital garantizar que las reformas constitucionales mejoren la protección de la gobernanza democrática y de los derechos humanos, y que se contemplen medidas para garantizar que las reformas constitucionales, una vez aprobadas, se apliquen en la práctica. La determinación por parte de las élites políticas y de la sociedad civil de dotar de bases nuevas a la comunidad no termina con la ceremonia de firma. La aplicación de la constitución necesita, por una parte, salvaguardias institucionales (véase la sección 2 *infra*) y, por otra, un programa de medidas legislativas y de fomento de la capacidad, así como un compromiso y una vigilancia constantes por parte de la sociedad civil.

Cabe destacar que la responsabilidad de la observancia y aplicación de la Constitución, incluida su declaración de derechos, incumbe a todas las autoridades públicas, tanto a nivel central como local. Según sea la función constitucional asignada a los diferentes actores, ya se trate del poder legislativo, ejecutivo o judicial, las tareas y responsabilidades específicas varían. En la sección 2 *infra* se presentan algunas salvaguardias institucionales y procesales fundamentales de los derechos y libertades, que deberán examinarse durante el proceso constituyente. Es preciso recordar, sin embargo, que un individuo o un grupo que reclame sus derechos o los defienda contra los abusos estará principalmente en contacto con las autoridades públicas a nivel local. Es en ese nivel donde se gestiona el suministro de agua, se impone el orden y la seguridad públicos, se prestan servicios sociales y se disfruta la libertad de reunión y de asociación. Por lo tanto, es esencial incluir en la constitución disposiciones que establezcan la responsabilidad de todos los agentes del Estado y de los territorios con gobierno autónomo en la protección y la aplicación de la declaración de derechos de la constitución.

Artículo 21 (“Ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales”) de la Constitución de Kenya de 2010

1) *Es un deber fundamental del Estado y de todos sus órganos observar, respetar, proteger, promover y hacer realidad los derechos y libertades fundamentales contemplados en la Declaración de Derechos.*

2) *El Estado adoptará medidas legislativas, políticas y de otra índole, incluido el establecimiento de normas, para lograr la realización progresiva de los derechos garantizados en virtud del artículo 43.*

3) *Todos los órganos del Estado y todos los funcionarios públicos tienen el deber de atender las necesidades de los grupos vulnerables de la sociedad, en particular las mujeres, los miembros de más edad de la sociedad, las personas con discapacidad, los niños, los jóvenes, los miembros de comunidades minoritarias o marginadas, y los miembros de determinadas comunidades étnicas, religiosas o culturales.*

4) *El Estado promulgará y aplicará legislación para cumplir sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales.*

Nota: véanse también los artículos 10, 19 y 20 de esta Constitución.

FLASH

La redacción de una nueva constitución es solo la primera fase de una reforma constitucional. Su aplicación cabal es la verificación en la vida real de la iniciativa de reforma.

2. Salvaguardias institucionales

Existe un vínculo indisoluble entre los derechos humanos y la democracia. Los derechos humanos no pueden recibir una protección completa bajo un régimen autoritario, ya que la acción del Estado no es objeto de un control significativo por parte de las instituciones judiciales, legislativas o administrativas. Las instituciones de la democracia y las garantías procesales inherentes a los procesos judiciales y administrativos desempeñan un papel particularmente importante en la creación mediante la constitución de un marco propicio para los derechos humanos.

La democracia es un valor universal basado en la voluntad libremente expresada de los pueblos de determinar su propio sistema político, económico, social y cultural, y en su participación plena en todos los aspectos de su vida.

Resolución 62/7 de la Asamblea General

Forma democrática de gobierno: la división de poderes

La división de poderes en el Estado (véase el capítulo I, sección A.2, de la presente publicación) garantiza el papel central del Parlamento como la representación del pueblo y como institución legítima capaz de promulgar legislación. Esta división también prevé la independencia del poder judicial, que, como se analiza más adelante, es el instrumento fundamental para la protección de una persona o grupos que reivindiquen sus derechos y libertades constitucionales. Por último, este principio de división de poderes sirve para garantizar que cada una de las partes del Estado —el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial— circunscriba sus actuaciones a su mandato constitucional, limitando así una concentración de poderes que pudiera conducir a una acción incontrolada y arbitraria del Estado. La división de poderes raramente se expresa como tal en las constituciones, pero la forma en que se sitúan los poderes legislativo, ejecutivo y judicial dentro de la estructura del Estado y se dotan de competencias garantiza la necesaria autonomía de los distintos poderes y evita su concentración. No obstante, en los países en proceso de transformación democrática las personas a menudo desean articular una proclamación clara de los elementos del nuevo orden político y social, y tal vez deseen que estos principios se incluyan en el texto de la constitución.

Artículo 49 (“De la división de poderes”) de la Constitución de México de 1917

El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29.

Función del Parlamento

Los Parlamentos desempeñan varias funciones que tienen efectos importantes en la protección de los derechos humanos. En primer lugar, aprueban leyes para aplicar los derechos y libertades constitucionales. En algunas constituciones se establece que esta es competencia exclusiva del Parlamento y de esta forma se encarga al órgano que representa la soberanía mediante elecciones (y no al poder ejecutivo) que elabore normas jurídicas detalladas para dar efecto a los derechos constitucionales. En un creciente número de constituciones también se exige el consentimiento del Parlamento para la ratificación de los acuerdos internacionales más importantes, incluidos los tratados de derechos humanos.

Artículo 34 de la Constitución de Francia de 1958

Las leyes regularán los siguientes asuntos:

- los derechos civiles y las garantías fundamentales que se conceden a los ciudadanos para que ejerzan las libertades públicas; la libertad, diversidad e independencia de los medios de comunicación; las limitaciones que se imponen a la persona y los bienes de los ciudadanos en aras de la defensa nacional;
- la nacionalidad, el derecho y la capacidad de las personas, los regímenes matrimoniales, las sucesiones y las donaciones;
- la tipificación de los delitos graves y otros delitos y las sanciones que comporten; el procedimiento penal; la amnistía; la creación de nuevas categorías de tribunales y el estatuto de los miembros del poder judicial.

Artículo 95 (“Competencias del Parlamento nacional”) de la Constitución de Timor-Leste de 2002

2. Es competencia exclusiva del Parlamento nacional legislar sobre:

[...]

- d) La ciudadanía;
- e) Los derechos, libertades y garantías;
- f) El derecho y la capacidad de las personas, el derecho de familia y el derecho de sucesiones;

[...]

- l) Las bases del sistema educativo;
- m) Las bases del sistema de salud y seguridad social;
- n) La suspensión de las garantías constitucionales y la declaración del estado de sitio y el estado de emergencia.

En muchos países, los Parlamentos ofrecen plataformas centrales para la elaboración de políticas que sirvan para dar efectividad a los derechos y libertades. También hacen una contribución crucial a la creación de la infraestructura de los derechos humanos. En particular, hay un estrecho vínculo que une a los Parlamentos con las instituciones nacionales de derechos humanos. El apoyo parlamentario suele tener un efecto decisivo en la eficacia de esas instituciones. Las funciones de control otorgan a los Parlamentos otra oportunidad para contribuir al ejercicio de los derechos y libertades constitucionales. Con miras a la realización de esas tareas, muchos Parlamentos han establecido comisiones parlamentarias especializadas en derechos humanos que también están abiertas a recibir comunicaciones de los titulares de derechos³⁵.

³⁵ Se puede encontrar información y asesoramiento útiles en Unión Interparlamentaria y ACNUDH, *Derechos humanos: Manual para parlamentarios* núm. 26 (Ginebra, 2016).

Existen muchos ejemplos que ilustran las posibilidades de los Parlamentos para salvaguardar los derechos humanos. Los agentes que participan en reformas constitucionales deberán centrar su atención en la posible necesidad de incluir en la Constitución referencias a algunos aspectos de las funciones parlamentarias en la protección de los derechos humanos.

Independencia del poder judicial

Por regla general, la independencia del poder judicial con respecto a otros órganos del Estado está garantizada de una forma u otra por la constitución. Este principio tiene un papel específico dentro del concepto de separación de poderes. Si bien las modalidades de la relación entre los poderes legislativo y ejecutivo pueden variar considerablemente de un país a otro, según las tradiciones y como resultado de opciones voluntarias en relación con la forma del gobierno, el poder judicial no puede desempeñar sus funciones sin ser plenamente independiente de los titulares de otros poderes. Este es el requisito fundamental para garantizar la imparcialidad de las resoluciones judiciales y en los procedimientos, y la igualdad de armas de las partes, que deben estar en la base de la administración de justicia.

En algunos casos, las constituciones hablan por separado de dos principios interrelacionados, a saber, la independencia del poder judicial como un conjunto de órganos que llevan a cabo la administración de justicia (los tribunales) y la independencia de los jueces en el desempeño de sus funciones judiciales. Aunque estas son dos dimensiones del mismo principio general —la independencia del poder judicial—, puede ser preferible articular estas garantías constitucionales por separado.

Artículo 24 de la Constitución de Indonesia de 1945

1) El poder judicial será independiente y tendrá la facultad de organizar la judicatura con el fin de hacer cumplir la ley y la justicia.

Artículo 97 (“Independencia judicial”) de la Ley Fundamental de Alemania de 1949

- 1) Los jueces son independientes y se rigen exclusivamente por las leyes.
- 2) Los jueces que hayan sido nombrados con carácter permanente para puestos a tiempo completo solo podrán ser destituidos contra su voluntad, suspendidos de forma temporal o permanente, trasladados o jubilados antes de la expiración de su mandato en virtud de una decisión judicial y únicamente por los motivos y en la forma previstos por la ley. El poder legislativo puede establecer límites de edad para la jubilación de los jueces nombrados de forma vitalicia. En caso de que se produzca un cambio en la estructura de los tribunales o en sus demarcaciones, los jueces podrán ser trasladados a otro tribunal o destituidos, siempre que mantengan su salario completo.

Artículo 120 de la Constitución de Guinea-Bissau de 1984

4. En el ejercicio de su función jurisdiccional, los tribunales son independientes y solo están sujetos a la ley.

Es posible que el establecimiento de tribunales o procedimientos especializados, incluidos los militares, cree en determinadas circunstancias una amenaza para el trato independiente, imparcial y equitativo de un acusado que se presente ante ellos. En su observación general núm. 32³⁶, el Comité de Derechos Humanos afirma que, en principio, los tribunales militares no deberían juzgar a civiles, aunque también reconoce que puede haber situaciones excepcionales en circunstancias estrictamente definidas en las que esos juicios podrían celebrarse. Por lo tanto, es importante que, si se establecen tales órganos o procedimientos judiciales, la Constitución aborde claramente esa posibilidad, para así reducir el riesgo de vulnerar los principios de independencia, imparcialidad y justicia.

³⁶ Observación general núm. 32 (2007) relativa al derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia.

Artículo 130 (“Tribunales militares”) de la Constitución de Timor-Leste de 2002

1. *Compete a los tribunales militares juzgar en primera instancia los delitos de naturaleza militar.*
2. *Las competencias, la organización, la composición y el funcionamiento de los tribunales militares se establecerán por ley.*

Artículo 175 de la Constitución de Polonia de 1997

- 1) *La administración de la justicia en la República de Polonia está a cargo del Tribunal Supremo, los tribunales ordinarios, los tribunales administrativos y los tribunales militares.*
- 2) *Los tribunales extraordinarios o los procedimientos sumarios únicamente podrán establecerse en tiempo de guerra.*

Control de la constitucionalidad de la ley

Solo cuando la legislación de un país sea conforme con la constitución puede aplicarse debidamente su declaración de derechos. Por lo tanto, otra salvaguardia institucional es la adopción de un mecanismo que permita el control de la constitucionalidad de la ley. En varios países en los que rige la tradición del derecho anglosajón, los tribunales tienen derecho a examinar la constitucionalidad de la ley sobre cuya base debe examinarse un caso. En muchos otros países, se han creado tribunales especiales, que a menudo se denominan tribunales constitucionales, para que realicen ese control, y en otros países, la competencia en este sentido se ha otorgado al tribunal supremo. Los redactores de la constitución deben recibir asesoramiento sobre la necesidad de estudiar la conveniencia de adoptar una u otra solución.

Artículo 87 de la Constitución de Chequia de 1992

- 1) *El Tribunal Constitucional decidirá sobre:*
 - a) *la derogación de leyes o de alguna de sus disposiciones en caso de que contravengan el orden constitucional;*
 - b) *la derogación de otras normas jurídicas o de alguna de sus disposiciones en caso de que contravengan el orden constitucional o la ley.*
- 2) *El Tribunal Constitucional también decidirá sobre la conformidad con el ordenamiento constitucional de los acuerdos internacionales celebrados en virtud de los artículos 10a y 49 antes de su ratificación. Un acuerdo no podrá ser ratificado hasta tanto el Tribunal Constitucional no emita un dictamen.*

Artículo 167 (“Tribunal Constitucional”) de la Constitución de Sudáfrica de 1996

4) Únicamente el Tribunal Constitucional puede:

[...]

b) decidir sobre la constitucionalidad de cualquier proyecto de ley parlamentario o provincial, pero únicamente en las circunstancias previstas en los artículos 79 o 121;

[...]

d) decidir sobre la constitucionalidad de cualquier enmienda a la Constitución;

5) El Tribunal Constitucional adopta la decisión final sobre la constitucionalidad de una ley del Parlamento, de una ley provincial o de la conducta del Presidente y deberá confirmar toda orden de nulidad dictada por el Tribunal Supremo de Apelaciones, un tribunal superior o un tribunal de rango similar para que dicha orden devenga firme.

A fin de asegurar la estabilidad del texto constitucional y evitar modificaciones tempranas, los países en transición en particular pueden aplicar las denominadas “cláusulas de extinción”, según las cuales algunas leyes o decisiones que contengan expirarán después de una fecha o acto concretos, a menos que la nueva legislación disponga otra cosa. Por ejemplo, la Constitución de Nepal consagra varias de esas disposiciones.

Constitución provisional de Nepal de 2007

Artículo 162 (“Disposiciones relativas al poder judicial”)

1) El Tribunal Supremo, el Tribunal de Apelación y los Tribunales de Distrito que existieran en el momento de la entrada en vigor de la presente Constitución se considerarán constituidos en virtud de la presente Constitución y esta no impedirá que los tribunales pertinentes adopten decisiones sobre las causas presentadas antes de la entrada en vigor de la presente Constitución.

2) Los jueces que trabajen en el Tribunal Supremo, los Tribunales de Apelación y los Tribunales de Distrito, después de la entrada en vigor de la presente Constitución, prestarán juramento por el que se comprometan con la presente Constitución, según determine el Gobierno de Nepal. Todo juez que se niegue a prestar juramento cesará en su cargo de inmediato.

3) Se establecerán las disposiciones jurídicas necesarias sobre la base de normas y valores democráticos para introducir reformas graduales en el sector judicial a fin de que este sea independiente, limpio, imparcial y competente.

Artículo 164 (“Leyes existentes que deben seguir aplicándose”)

1) Las decisiones adoptadas y la labor realizada por la Cámara de Representantes restablecida que no sean incompatibles con la presente Constitución se considerarán adoptadas y realizada de conformidad con ella.

2) Todas las leyes vigentes en el momento de la entrada en vigor de la presente Constitución seguirán aplicándose hasta que sean derogadas o modificadas. Las leyes incompatibles con la presente Constitución dejarán de aplicarse tres meses después de la entrada en vigor de la presente Constitución, con efecto inmediato y en la medida en que sean incompatibles con ella.

3. Garantías específicas

A la luz del derecho internacional de los derechos humanos, corresponde principalmente al derecho nacional el establecimiento de garantías efectivas para la aplicación de los derechos humanos. Aunque el derecho internacional de los derechos humanos no prejuzga cuáles son los actos jurídicos mediante los cuales deben establecerse las garantías, en los Estados democráticos contemporáneos se espera que las garantías más importantes de los derechos humanos tengan rango constitucional. Ello se debe a que es necesario salvaguardar los derechos humanos al nivel que permita protegerlos de la forma más eficaz y dotarlos de instrumentos de protección.

En principio, los tratados internacionales de derechos humanos no prevén ningún sistema específico de garantías institucionales o procesales ni establecen preferencias en lo que respecta a las garantías específicas de los derechos. Es esencial que toda persona cuyos derechos hayan sido violados o estén en grave riesgo de serlo tenga a su disposición un recurso efectivo.

Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indican que las decisiones que afecten al derecho a la vida, a la libertad personal de un individuo o al enjuiciamiento de una persona y la imposición de una sanción penal deben ser adoptadas por un tribunal competente, independiente e imparcial.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 6

2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

Artículo 9

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

En vista de la doctrina contemporánea de los derechos humanos, incluida su elaboración por los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, existe un concepto que recibe un amplio apoyo, en el sentido de que las garantías institucionales y procesales de los derechos humanos deben establecerse a nivel nacional. Los textos de las constituciones aprobadas recientemente respaldan esta observación. Las garantías institucionales y procesales más frecuentemente reconocidas que figuran en las constituciones contemporáneas componen una lista que incluye el derecho de acceso a los tribunales, el derecho de apelación, el derecho a presentar un recurso de amparo constitucional, el derecho de petición, el derecho a la indemnización y el principio de rendición de cuentas de los autores de violaciones de los derechos humanos. En este contexto también debería mencionarse el establecimiento de instituciones nacionales independientes de derechos humanos.

Derecho de acceso a los tribunales, derecho de apelación, derecho a presentar un recurso de amparo constitucional y litigios de interés público

El poder judicial ocupa un lugar central en las garantías de los derechos humanos. En primer lugar, protege al individuo o a los grupos titulares de derechos contra actuaciones arbitrarias del Estado como la privación de la libertad, la expropiación sin base jurídica y/o sin una indemnización justa y equitativa, o la privación injustificada de los servicios sociales. En segundo lugar, el poder judicial ofrece a la persona o grupos titulares de derechos la oportunidad de que sus causas sean examinadas y resueltas por un órgano independiente, competente e imparcial. En tercer lugar, las sentencias del poder judicial, en particular las dictadas por el más alto tribunal de apelación o por los tribunales constitucionales, pueden influir en las políticas públicas y en la legislación, por ejemplo, durante el examen de la constitucionalidad de la ley o de decisiones, o al examinar litigios de interés público. Por consiguiente, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el constitucionalismo contemporáneo conceden gran importancia al derecho de acceso a los tribunales, al derecho de apelación y al derecho a presentar un recurso de amparo constitucional.

Derecho de acceso a los tribunales

Los tratados internacionales de derechos humanos hacen referencia al derecho a que el caso sea decidido por un juez en algunos casos

concretos, incluidos los relacionados con los procedimientos penales y los procesos civiles. La importancia otorgada a los procedimientos penales es comprensible, ya que cualquier interferencia con la libertad personal o la vida se considera una limitación particularmente grave de los derechos y como tal no debe, por principio, dejarse a la discreción del poder ejecutivo.

El derecho de acceso a los tribunales va todavía más lejos al garantizar que el individuo pueda presentar a un órgano judicial cualquier caso relacionado con sus derechos. Puede ofrecerse el acceso a la justicia en situaciones en las que los tribunales tengan competencia exclusiva (en particular los casos relacionados con el derecho civil y penal). Además, el derecho de acceso a los tribunales se extiende a los órganos competentes para examinar la legalidad y, en algunos casos, los elementos sustantivos de las resoluciones administrativas.

El derecho de acceso a los tribunales está ampliamente reconocido como la forma superior de protección institucional de los derechos humanos. Las constituciones más recientes a menudo establecen ese derecho de forma explícita. Muchas constituciones no se limitan a proclamar este derecho, sino que además especifican sus elementos, en particular los relativos al estatuto de los tribunales y de los jueces y las garantías procesales en todos los asuntos pertinentes para garantizar un juicio justo en un asunto penal o civil.

Artículo 45 de la Constitución de Polonia de 1997

1) Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y en un proceso justo, sin dilaciones indebidas, por un tribunal competente, imparcial e independiente.

El derecho de acceso a los tribunales exige que los jueces sean totalmente independientes en sus decisiones, no solo de las partes en el proceso, sino también de cualquier otra influencia externa. Para salvaguardar esta posición de los jueces, las constituciones suelen establecer, entre otras cosas, la inmunidad personal de los jueces, el principio de su inamovilidad en el cargo, salvo en casos de falta grave de conducta, y diversas formas de autonomía del poder judicial.

En general, las garantías procesales significan que las autoridades estatales deben seguir procedimientos justos cuando adopten medidas que afecten a los intereses de un determinado individuo o grupo. Las garantías procesales en los procedimientos judiciales se basan en la premisa de que la decisión

que afecte a una persona (o a un grupo) se basará en el derecho sustantivo y procesal aplicable por un tribunal competente, independiente e imparcial, y que la audiencia será justa y equitativa, y tendrá en cuenta los hechos y las circunstancias del caso. Las garantías procesales a menudo se desarrollan en leyes, normas de procedimiento penal y civil, y la jurisprudencia. Estas garantías procesales contribuyen de manera significativa a la seguridad jurídica de las personas y los grupos y, por lo tanto, no puede subestimarse su importancia para el disfrute de los derechos humanos y el funcionamiento del Estado constitucional. Las debidas garantías procesales se establecen, entre otros, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Constitución de los Estados Unidos de América de 1787

Enmienda V

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital u otro delito infame, si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia cuando se encuentre en servicio activo en tiempo de guerra o peligro público; ni se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o su integridad física con motivo del mismo delito; ni será forzada a declarar en su propia contra en ningún juicio criminal; ni se la privará de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

Enmienda VI

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expeditamente, por un jurado imparcial del estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; que se le caree con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de asesoría legal para su defensa.

Derecho de apelación

Una importante garantía contra la arbitrariedad es el principio según el cual toda decisión de una causa relativa a una persona en primera instancia será objeto de revisión por una instancia superior. El derecho de apelación se aplica en los procedimientos administrativos y judiciales.

Aunque este principio está reconocido como un elemento integral del Estado de derecho, algunas constituciones lo articulan por separado. En algunos casos, la revisión judicial de las resoluciones administrativas también forma parte de la noción del derecho de apelación (del órgano administrativo a un tribunal).

Artículo 33 de la Constitución de Ghana de 1992

1) *Podrá recurrir al Alto Tribunal para pedir una reparación toda persona que alegue que una disposición de la Constitución relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales ha sido, está siendo o puede ser infringida en relación con esa persona, sin perjuicio de cualquier otra medida legal a la que pueda tener acceso.*

[...]

3) *La persona que resulte perjudicada por una resolución del Tribunal Superior podrá recurrir ante el Tribunal de Apelaciones y también tendrá derecho a recurrir posteriormente ante el Tribunal Supremo.*

Artículo 78 de la Constitución de Polonia de 1997

Cada una de las partes tendrá derecho a recurrir los fallos y resoluciones dictados en la instancia. Las excepciones a este principio y el procedimiento de recurso se fijarán por ley.

Recursos constitucionales (amparo)³⁷ y habeas corpus

Muchas constituciones contemporáneas de Estados del sistema de derecho civil contemplan el derecho de toda persona a interponer un recurso de amparo constitucional, es decir, de reivindicar sus derechos constitucionales ante un tribunal superior competente. Este procedimiento es vital para la protección de los derechos contenidos en una declaración de derechos. Por lo general, existen dos tipos de recursos constitucionales: uno más amplio y otro más restringido.

En el primer caso, la persona afectada podrá solicitar la protección constitucional si la resolución firme después de la apelación sigue violando sus derechos constitucionales; por ejemplo, si se había aplicado una ley inconstitucional o si la decisión sobre el fondo violaba uno o más de los derechos enunciados en la declaración de derechos. En el caso de un modelo más restringido, solo puede interponerse un recurso debido a la incompatibilidad de la ley aplicada con una disposición de la declaración de derechos. Los recursos constitucionales suelen ser examinados por un

³⁷ Amparo: recurso para la protección de los derechos constitucionales, establecido en diversos Estados de América Latina.

tribunal constitucional facultado para examinar la constitucionalidad de las leyes o por el Tribunal Supremo si ello figura entre sus competencias.

Artículo 48 de la Constitución de Costa Rica de 1949 (en su forma modificada en 2011)

Toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

Artículo 87 de la Constitución de Chequia de 1992

1) El Tribunal Constitucional decidirá sobre:

[...]

d) Los recursos de amparo constitucional presentados contra resoluciones firmes y otras intervenciones de organismos de la autoridad pública que vulneren derechos y libertades fundamentales garantizados por la Constitución.

Los países que utilizan el sistema del derecho anglosajón no suelen contar con ese procedimiento, ya que todo juez está facultado para examinar la cuestión de la adecuación de la ley aplicable en cada caso con la constitución y para fundamentar sus decisiones en esta evaluación.

Artículo 38 (“Protección de los derechos”) de la Constitución de Sudáfrica de 1996

Todas las personas enumeradas en este artículo tienen derecho a recurrir a un tribunal competente para denunciar que un derecho enunciado en la Declaración de Derechos ha sido violado o está amenazado, y el tribunal puede proporcionar una protección adecuada, incluida una declaración de derechos. Puede recurrir a un tribunal:

- a) *toda persona que actúe en interés propio;*
- b) *toda persona que actúe en nombre de otra persona que no pueda actuar en su propio nombre;*
- c) *toda persona que actúe como miembro de un grupo o clase de personas o en nombre de dicho grupo o clase;*
- d) *toda persona que actúe movida por el interés público; y*
- e) *una asociación que actúe en interés de sus miembros.*

Muchos países han incluido en sus constituciones otra institución importante para proteger a una persona contra la privación ilegal de libertad (detención o prisión), a saber, el recurso de *habeas corpus*. Sobre esta base, una persona privada de libertad que discuta la legalidad de su detención o prisión puede solicitar al tribunal que ordene su puesta en libertad. Este derecho también figura en el artículo 9, párrafo 4, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 5 de la Constitución de Malasia de 1957

- 1) *Nadie podrá ser privado de la vida o la libertad, salvo en los casos que la ley disponga.*
- 2) *Cuando se presente una denuncia ante un tribunal superior o cualquiera de sus jueces, en la que se afirme que alguien está detenido ilegalmente, el tribunal investigará los hechos alegados y, salvo que se compruebe que la detención es legal, ordenará que comparezca ante el tribunal y sea puesto en libertad.*

Artículo 31 de la Constitución de Portugal de 1976

- 1) *El recurso de habeas corpus puede interponerse ante un tribunal de justicia o un consejo de guerra, según el caso, contra cualquier uso ilícito del poder en forma de detención ilegal.*
- 2) *El habeas corpus podrá ser exigido por el preso o por cualquier ciudadano en el disfrute de sus derechos políticos.*
- 3) *El tribunal decidirá sobre una solicitud de habeas corpus en un plazo de ocho días en una audiencia en presencia de ambas partes.*

Litigios de interés público

En general, los litigios de interés público sirven para someter a revisión judicial asuntos que no solo son de interés individual, sino también de interés público. Para iniciar un litigio de interés público, la parte actora (por ejemplo, una persona, un grupo o una organización) no tiene necesidad de demostrar un interés directo en el resultado del litigio (que a veces se denomina "legitimación activa" o "interés jurídico"). Lo esencial es demostrar que la cuestión engloba un interés público importante y que una resolución judicial sería beneficiosa. Este procedimiento se ha propuesto en la India durante los tres últimos decenios en relación con, entre otros, el artículo 39A de la Constitución de la India y se ha aplicado en un número cada vez mayor de países.

Artículo 39A de la Constitución de la India de 1949

El Estado velará por que el funcionamiento del ordenamiento jurídico promueva la justicia, sobre la base de la igualdad de oportunidades, y, en particular, proporcionará asistencia jurídica gratuita, mediante una legislación o planes adecuados o de cualquier otra forma, para garantizar que no se deniegue a ningún ciudadano la oportunidad de obtener justicia por falta de medios para litigar o cualquier tipo de discapacidad.

El objeto de los litigios de interés público es obtener una resolución judicial sobre una cuestión que afecte a los intereses públicos, en particular cuando el derecho aplicable puede interpretarse de distintas maneras. Con frecuencia lo han utilizado las organizaciones para tratar de obtener una sentencia favorable en las cuestiones específicas que guardaban relación con personas desfavorecidas o marginadas. En tales situaciones, las personas directamente implicadas pueden defender sus intereses ante la jurisdicción competente o bien sus intereses pueden ser asumidos por otros. En los litigios de interés público, el tribunal puede decidir una cuestión específica y dictar un fallo como en cualquier otra causa presentada ante el tribunal o bien, en los asuntos complejos, puede emitir una o varias órdenes provisionales y, posiblemente, nombrar comisionados para analizar la situación, supervisar la aplicación de la orden u órdenes provisionales e informar al respecto al tribunal. El Tribunal Supremo de la India, por ejemplo, ha concedido la protección de los derechos y libertades constitucionales en el marco de litigios de interés público a personas que sufren pobreza o están desfavorecidas de algún otro modo³⁸.

Cuando se cometa un acto ilícito contra una persona o una categoría determinada de personas o se les causen daños y perjuicios en violación de cualquier derecho constitucional o legal [...] y esa persona o categoría determinada de personas sean, debido a la pobreza, indefensión o discapacidad o su situación de desventaja social o económica, incapaces de acudir al Tribunal para obtener una reparación, cualquier miembro de la sociedad podrá presentar una solicitud para obtener una oportuna instrucción, orden o mandamiento del Tribunal Superior [...] y, en caso de violación de cualquier derecho fundamental de esa persona o categoría de personas, [...] buscar reparación judicial [...].

S.P. Gupta v. President of India and Ors., 30 de diciembre de 1981, párrafo 17.

³⁸ Véase, por ejemplo, *People's Union of Civil Liberties v. Union of India and Others*, demanda (civil) núm. 196 de 2001, conocida generalmente como la "causa del derecho a la alimentación".

Instituciones nacionales de derechos humanos

Las instituciones nacionales de derechos humanos establecidas de conformidad con los Principios de París³⁹ han sido ampliamente reconocidas como una importante garantía de los derechos humanos. Entre esas instituciones figuran un conjunto de órganos cuyo estatuto jurídico, composición, estructura, funciones y mandatos varían. Las instituciones más habituales son el defensor del pueblo y las comisiones nacionales de derechos humanos. Todas las instituciones nacionales deben actuar con independencia de los poderes del Estado, en particular el poder ejecutivo. Suelen ser competentes para: formular recomendaciones y propuestas a las autoridades del Estado; presentar sus valoraciones y evaluaciones relativas a las vulneraciones y la aplicación de los derechos humanos, sobre la base de sus propias investigaciones; y actuar sobre la base de denuncias individuales o colectivas de violaciones de los derechos humanos. En algunos países, se han establecido varios órganos con este perfil (como el defensor del pueblo o el defensor de la infancia, comisiones con un

Constitución de Malawi de 1994

Artículo 123

1) La Oficina del Defensor del Pueblo está facultada para investigar cualquier caso en que una persona alegue haber sido víctima de una injusticia y no parezca haber recursos razonablemente disponibles en forma de procedimientos judiciales, apelaciones ante un tribunal o cualquier otro recurso efectivo.

Artículo 126

Cuando las investigaciones del Defensor del Pueblo revelen pruebas suficientes de que se ha cometido una injusticia, hará lo siguiente:

- a) ordenar que se tomen las medidas administrativas apropiadas para reparar la queja;*
- b) hacer que la autoridad competente vele por que, en el futuro, existan recursos razonablemente factibles para reparar una queja;*
- c) ordenar a un tribunal que se pronuncie sobre una cuestión o sobre la cuantía de la indemnización; o*
- d) remitir un caso a la Dirección del Ministerio Público con una recomendación de enjuiciamiento y, en caso de que la Dirección se niegue a seguir adelante con el caso, el Defensor del Pueblo tendrá la facultad de exigir las razones de esa negativa.*

³⁹ Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales (Principios de París), aprobados por la Asamblea General en su resolución A/RES/48/134, de 20 de diciembre de 1993.

Artículo 130

La Comisión de Derechos Humanos, con respecto a las solicitudes de una persona o de una categoría de personas, o por propia iniciativa, tendrá las facultades de investigación y recomendación que sean razonablemente necesarias para la promoción efectiva de los derechos conferidos por la presente Constitución o en virtud de ella, pero no ejercerá una función judicial ni legislativa y no se le otorgarán facultades para ello.

mandato general y comisiones especiales para las minorías nacionales o para los derechos de la mujer). Sin embargo, es importante que todos los derechos humanos estén cubiertos por los mandatos de las instituciones nacionales de derechos humanos activas en el país.

En reconocimiento de la función de las instituciones nacionales de derechos humanos, se las ha incluido en algunas constituciones. Esta medida es fundamental para conferirles la debida importancia ante las autoridades del Estado y ante la sociedad. La constitución deberá garantizar la independencia de la institución nacional, fijar sus competencias básicas necesarias para cumplir su misión y establecer un proceso transparente y participativo para su nombramiento. En el caso de una comisión nacional de derechos humanos, la constitución debe también garantizar su representatividad y hacer que incluya a todos los sectores de la sociedad.

Artículo 27 (“Ombudsman”) de la Constitución de Timor-Leste de 2002

- 1. El Ombudsman será un órgano independiente encargado de examinar y resolver toda queja de los ciudadanos contra entidades públicas, certificar la conformidad de los actos con la ley y prevenir las injusticias e iniciar el proceso para su reparación.*
- 2. Los ciudadanos pueden presentar denuncias relativas a acciones u omisiones de los órganos públicos al Ombudsman, que las examinará, sin poder de decisión, y remitirá a las autoridades competentes las recomendaciones que considere apropiadas.*
- 3. El Ombudsman será nombrado por el Parlamento Nacional por mayoría absoluta de votos de sus miembros por un período de cuatro años.*
- 4. La actividad del Ombudsman será independiente de cualquier medio de gracia y recursos previstos en la Constitución y las leyes.*
- 5. Los órganos administrativos y los funcionarios públicos tendrán el deber de colaborar con el Ombudsman.*

Derecho de petición

En muchos países, el derecho de los ciudadanos a dirigir peticiones, propuestas o demandas a las autoridades estatales, en particular al Parlamento o a los órganos de la Administración central o local, se denomina derecho de petición. Al disfrutar de este derecho, los titulares de derechos se benefician de otra vía —además del acceso a los tribunales y las instituciones nacionales de derechos humanos— para influir en la acción del Estado en el ámbito de las violaciones de los derechos humanos.

Enmienda I de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787

El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión o prohibiendo la libertad de culto; o que coarte la libertad de expresión o de la prensa, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para solicitar al Gobierno la reparación de agravios.

Artículo 18 de la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de Chequia de 1992

1) El derecho de petición está garantizado. Todas las personas tienen derecho a dirigirse por sí mismas, o conjuntamente con otras personas, a órganos del Estado o de autogobierno local con solicitudes, propuestas y denuncias en asuntos de interés público u otros intereses comunes.

2) Una petición no podrá utilizarse para interferir con la independencia de los tribunales.

Las peticiones no suelen estar sujetas a un procedimiento detallado y la posición del autor de una petición es más débil que la del titular de los derechos como parte en los procedimientos ante los órganos independientes del Estado, en los que el demandante está en pie de igualdad con la entidad estatal cuyas acciones son objeto de litigio. Sin embargo, en muchos países los destinatarios de la petición están obligados por ley a responder al peticionario dentro de un plazo establecido y a proporcionar información sobre las medidas adoptadas o que se prevea adoptar.

El derecho de petición puede ser utilizado por las personas, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil en general para promover la adopción de soluciones jurídicas y de políticas que favorezcan los derechos humanos. Internet y los teléfonos móviles han abierto nuevas posibilidades para movilizar a la opinión pública y, por consiguiente, son nuevas formas de aprovechar el derecho de petición.

Rendición de cuentas e indemnización

La responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos es un principio subyacente a la normativa de derechos humanos, que tiene como corolario el rechazo de la impunidad de los autores⁴⁰. Además, el derecho de los derechos humanos establece que las víctimas de violaciones de los derechos humanos tienen derecho a interponer recursos y obtener reparaciones, que suelen ser en forma de indemnización⁴¹. Las víctimas también tienen derecho a la verdad. Las Naciones Unidas han asumido la importancia del principio de la rendición de cuentas de los autores de violaciones de los derechos humanos, que se ha articulado en las resoluciones de la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos y el órgano que sucedió a esta, el Consejo de Derechos Humanos. Algunos instrumentos internacionales de derechos humanos se refieren explícitamente a la rendición de cuentas de los autores en lo que respecta a las obligaciones de los Estados partes.

Artículo 4 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

- 1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.*
- 2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.*

Artículo 3 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables.

⁴⁰ Véase el informe de la Experta Independiente sobre el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, Diane Orentlicher, adición, E/CN.4/2005/102/Add.1.

⁴¹ Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (A/RES/60/147, anexo).

Los órganos creados en virtud de tratados también han puesto de relieve la obligación de los Estados de exigir responsabilidades a los autores y el derecho de las víctimas a un recurso y reparación. Por ejemplo, en su observación general núm. 31, párrafo 15, el Comité de Derechos Humanos afirma: “La falta de realización por un Estado parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto”. En el párrafo 18, el Comité pasa a declarar:

La impunidad con relación a las violaciones de derechos humanos puede constituir un elemento importante que contribuye a la repetición de las violaciones.

Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004), párrafo 18

Quando las investigaciones a que se ha hecho referencia en el párrafo 15 revelan violaciones de determinados derechos del Pacto, los Estados partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia. Al igual que sucede con la insuficiencia a la investigación, la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podía de por sí constituir una violación separada del Pacto. Esas obligaciones surgen, en particular, con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (artículo 7), la ejecución sumaria y arbitraria (artículo 6) y la desaparición forzosa (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6).

La impunidad es una cuestión que a menudo se trata de manera específica en las constituciones de los Estados que están en transición de un pasado violento o autoritario al establecimiento de una democracia. La forma en que se aborda esta cuestión depende de las características específicas del

Capítulo 16 (“Unidad y reconciliación nacionales”) de la Constitución provisional de Sudáfrica de 1993

A fin de promover la reconciliación y la reconstrucción, se concederá amnistía por las acciones, omisiones y delitos relacionados con objetivos políticos cometidos en el curso de los conflictos del pasado. A tal fin, el Parlamento, en virtud de la presente Constitución, adoptará una ley por la que se fijará un plazo firme, que será una fecha posterior al 8 de octubre de 1990 y anterior al 6 de diciembre de 1993, y se establecerán los mecanismos, criterios y procedimientos, incluidos los tribunales, si los hubiere, mediante los cuales se tramitará dicha amnistía en cualquier momento después de que se haya aprobado dicha ley.

país, pero deberá ser compatible con el derecho internacional y con los principios adoptados por las Naciones Unidas a este respecto. Los países pueden optar por diversas soluciones institucionales dentro de este marco.

Constitución de Timor-Leste de 2002

Artículo 160 (“Delitos graves”)

Los actos cometidos entre el 25 de abril de 1974 y el 31 de diciembre de 1999 que pudieran considerarse crímenes de lesa humanidad, delitos de genocidio o crímenes de guerra podrán ser objeto de actuaciones penales en los tribunales nacionales o internacionales.

Artículo 161 (“Apropiación ilegal de bienes”)

La apropiación ilícita de bienes muebles e inmuebles que tuviera lugar antes de la entrada en vigor de la presente Constitución se considera delito y se resolverá de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

Artículo 162 (“Reconciliación”)

- 1. Corresponde a la Comisión para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación el desempeño de las funciones que le han sido asignadas por el reglamento núm. 2001/10 de la UNTAET.*
- 2. Las competencias, el mandato y los objetivos de la Comisión serán definidos nuevamente por el Parlamento siempre que ello sea necesario.*

Algunos instrumentos internacionales de derechos humanos establecen la obligación de los Estados partes de garantizar la indemnización en casos concretos, principalmente los relacionados con violaciones del derecho a la integridad personal o la libertad⁴².

En algunas constituciones, el derecho a indemnización se establece en forma general en relación con todo acto ilegal de las autoridades públicas. Hay un debate en curso sobre si este derecho también es aplicable con respecto a las leyes que vulneren los derechos y libertades consagrados en la declaración de derechos de la constitución, pero ese debate aún no ha encontrado su expresión en las constituciones contemporáneas.

⁴² Véase también el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 9

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 14

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

Artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

Artículo 77 de la Constitución de Polonia de 1997

1) Toda persona tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que le sean causados por cualquier acción de un órgano de la autoridad pública contraria a la ley.

2) Las normas legales no impedirán que ninguna persona pueda recurrir a los tribunales para interponer demandas por presuntas violaciones de libertades o derechos.

Otras constituciones hacen referencia al derecho a la indemnización en el contexto de situaciones específicas.

Constitución de Timor-Leste de 2002

Artículo 31 (“Aplicación retroactiva de la legislación penal”)

6. Toda persona que haya sido condenada injustamente tiene derecho a una indemnización justa de acuerdo con la ley.

Artículo 54 (“Derecho a la propiedad privada”)

3. La requisición y expropiación de bienes para fines públicos deberá tener lugar únicamente después de otorgar una indemnización justa de acuerdo con la ley.

4. Acceso a los órganos y procedimientos establecidos en virtud del derecho internacional

Una importante garantía de los derechos humanos consiste en el acceso sin trabas a los órganos y procedimientos establecidos en virtud del derecho internacional. Por desgracia, la legislación y, en particular, la práctica en el plano nacional a menudo ofrecen ejemplos de vulneraciones del derecho de la persona a solicitar asistencia internacional si la protección nacional no aporta resultados satisfactorios⁴³. En este contexto, el que la constitución garantice el acceso sin trabas a esa asistencia puede desempeñar un papel importante. Sin embargo, es poco frecuente que una constitución formule claramente una declaración en ese sentido, lo cual puede guardar relación con el hecho de que hace relativamente poco tiempo que se reconoce que la protección efectiva de los derechos humanos requiere tener acceso tanto a las garantías nacionales como a las internacionales.

⁴³ Véase el informe del Secretario General sobre la cooperación con las Naciones Unidas, sus representantes y mecanismos en la esfera de los derechos humanos (A/HRC/14/19). En ese documento se ofrece información sobre los casos denunciados ante el Secretario General.

Artículo 2 de la Constitución de Bosnia y Herzegovina de 1995

Sección 8 (“Cooperación”)

Todas las autoridades competentes de Bosnia y Herzegovina prestarán cooperación y acceso irrestricto a: todos los mecanismos internacionales de vigilancia de los derechos humanos establecidos para Bosnia y Herzegovina; los órganos de supervisión establecidos por cualquiera de los acuerdos internacionales enumerados en el anexo I de la presente Constitución; el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (y, en particular, cumplirán las órdenes dictadas con arreglo al artículo 29 del Estatuto del Tribunal); y cualquier otra organización autorizada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con un mandato relativo a los derechos humanos o al derecho humanitario.

Cabe señalar que en el “anexo I” mencionado en la citada disposición se enumeran todos los tratados internacionales fundamentales de derechos humanos, los Convenios de Ginebra de 1949 y otros tratados relacionados con los derechos humanos, incluidos la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias de 1992 y el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1994.



● **EL ACNUDH Y LOS
MECANISMOS
DE DERECHOS
HUMANOS**



A. Contribución de los mecanismos de derechos humanos

Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos y el examen periódico universal pueden influir en las reformas constitucionales de los Estados. Estos mecanismos de derechos humanos a menudo formulan recomendaciones a los Estados con respecto a sus constituciones de diversas maneras. Se han formulado recomendaciones sobre la naturaleza de la aplicación del derecho de los derechos humanos a nivel nacional, así como sobre la protección de los derechos humanos sustantivos.

Es aconsejable que los encargados de redactar la constitución de un país consulten las recomendaciones de los mecanismos de derechos humanos durante el proceso de redacción para asegurarse de que las cuestiones relativas a los derechos humanos se aborden adecuadamente. Estas recomendaciones pueden ayudar a los redactores a formular disposiciones constitucionales precisas y detalladas para proteger y promover la observancia de los derechos humanos⁴⁴.

1. Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los Estados

Las cuestiones relativas a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en un país a menudo tienen que ver con el rango que los tratados internacionales de derechos humanos tienen en la legislación nacional. Los tratados internacionales prevalecen sobre el derecho interno, a pesar de que algunos Estados no lo reconozcan plenamente. Algunos Estados reconocen que los tratados internacionales prevalecen sobre el derecho interno, pero han adoptado la posición de que ello no se aplica a las disposiciones de la Constitución⁴⁵.

⁴⁴ El Índice Universal de los Derechos Humanos ofrece un resumen de las recomendaciones de los diferentes mecanismos de derechos humanos (puede consultarse en <http://uhri.ohchr.org>). Los ejemplos que figuran en el presente documento no son exhaustivos y han sido elegidos para ilustrar algunas de las cuestiones que pueden surgir al redactar una constitución.

⁴⁵ CCPR/C/KAZ/CO/1 (2011). El Consejo Constitucional del Estado parte adoptó una decisión por la que estableció la primacía de la Constitución sobre los tratados internacionales y declaró la inaplicabilidad de toda disposición convencional que fuera incompatible con la Constitución. Véase también CERD/C/NIC/CO/14 (2008). La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial tenía rango de ley ordinaria y no figuraba en el artículo pertinente de la Constitución del Estado parte en que se mencionaban los tratados internacionales con rango constitucional.

A pesar de ello, los tratados internacionales sí prevalecen sobre las constituciones nacionales⁴⁶, aun así, un Estado puede formular una reserva a un determinado artículo o disposición de un tratado internacional de derechos humanos antes de ratificarlo o adherirse a él, y hacerlo de conformidad con el derecho internacional, si la reserva no es incompatible con el objeto y fin del tratado⁴⁷.

Otro aspecto de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los Estados es si estos siguen una tradición monista o dualista en relación con el derecho internacional. El monismo prevé la aplicación directa del derecho internacional en los tribunales, siempre que el derecho de que se trate sea de aplicabilidad inmediata, es decir, que la disposición pueda aplicarse directamente sin que exista una ley de ejecución a nivel nacional⁴⁸. La doctrina monista se aplica por lo general en países de tradición jurídica romanista. En cambio, el dualismo requiere que todos los derechos previstos en un tratado internacional sean incorporados en la legislación nacional antes de que las disposiciones del tratado adquieran carácter vinculante y puedan invocarse en los tribunales⁴⁹. La doctrina dualista se practica en la mayoría de los países de tradición jurídica anglosajona⁵⁰.

La doctrina dualista puede dar lugar a una situación inusual en la que un Estado haya ratificado un tratado de derechos humanos o se haya

⁴⁶ A/56/44. La Constitución de un Estado parte disponía la primacía de los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la legislación interna, incluida la Constitución del Estado. Véase también CERD/C/60/CO/3 (2002).

⁴⁷ Artículo 2 1) d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; observación general núm. 24 (1994) sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto (CCPR/C/21/Rev.1/Add.6), párrafo 6.

⁴⁸ CAT/C/KGZ/CO/2 (2013). El Estado parte estableció en su Constitución que los tratados internacionales son directamente aplicables en el derecho interno.

⁴⁹ CEDAW/C/PNG/CO/3 (2010). Se expresó preocupación por que una convención internacional de derechos humanos que había sido ratificada en 1995 no había sido incorporada posteriormente en el derecho interno del Estado parte porque este, que aplicaba la doctrina dualista, no había aprobado leyes de ejecución o modificado su Constitución.

⁵⁰ Benedetto Conforti y Francesco Francioni, editores, *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1997), pág. 9.

adherido a él, pero una parte o la totalidad de sus disposiciones no sean vinculantes en la legislación nacional ni puedan invocarse en los tribunales del Estado. Esto puede ocurrir si el Estado no ha aprobado ninguna ley para aplicar el tratado en el derecho interno o si ha aprobado leyes solo de manera parcial⁵¹.

Sin embargo, las diferencias entre las doctrinas dualista y monista no son tan grandes como pueden parecer al principio. Por lo general, en los Estados de tradición monista, buena parte de las disposiciones de los tratados de derechos humanos no son de aplicación inmediata. Por lo tanto, el Estado debe aprobar leyes internas que den efecto a las disposiciones del tratado para que las disposiciones relativas a los derechos humanos puedan aplicarse en los tribunales. Incluso cuando la disposición es de aplicación inmediata, los Estados también pueden verse obligados a aprobar disposiciones legislativas para promover la efectividad de un derecho humano en particular⁵². El Comité de Derechos Humanos ha expresado su preferencia por que los Estados se adhieran a la tradición monista de aplicabilidad directa, pero ha reconocido que no tienen la obligación de hacerlo en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵³.

Otra cuestión fundamental que ha suscitado preocupación tiene que ver con el derecho a obtener reparación por violaciones de los derechos humanos enunciados en los tratados internacionales. Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos han determinado que los Estados partes deben ofrecer vías de recurso contra esas violaciones para que los derechos humanos sean verdaderamente efectivos en el plano nacional y

⁵¹ CRC/C/ERI/CO/4 (2015). Teniendo en cuenta el sistema dualista del Estado parte, se expresó preocupación por que, sin una aplicación efectiva de la Constitución y reformas legislativas, las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño no serían jurídicamente vinculantes en la jurisdicción interna del Estado parte.

⁵² CAT/C/LIE/CO/3 (2010). Tomando nota de las reformas constitucionales por las que se prohibía la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes, observando que se trataba de una prohibición absoluta que no podía ser menoscabada por ley ni por decreto de emergencia, y reconociendo que, de conformidad con el sistema jurídico monista del Estado parte, las disposiciones pasaron a formar parte del derecho interno, aun así se recomendó al Estado parte que incorporara en la legislación nacional el delito específico de tortura sobre la base de la definición que figuraba en la Convención contra la Tortura a fin de promover el objetivo general de dicho instrumento de prevenir la tortura y los malos tratos.

⁵³ Observación general núm. 31 (2004), CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

han celebrado que un Estado parte anuncie en su Constitución el derecho a obtener reparación⁵⁴.

2. Protección de los derechos humanos sustantivos

Derechos civiles y políticos

Los mecanismos de derechos humanos han formulado recomendaciones sobre una gran diversidad de cuestiones que deberían incluirse en las constituciones. En relación con los derechos civiles y políticos, por ejemplo, se ha solicitado a algunos Estados que aseguren la protección constitucional de los derechos a la libertad de expresión, de asociación y de reunión pacífica⁵⁵. También se ha pedido a algunos Estados que garanticen la protección constitucional de la libertad de religión o de creencias⁵⁶, en particular para las confesiones no tradicionales⁵⁷. Por otra parte, se celebró que un Estado reconociera en un artículo de su Constitución la objeción

⁵⁴ CERD/C/63/CO/10 (2003). La Constitución del Estado parte contenía una disposición en virtud de la cual toda persona que afirmase que sus derechos constitucionales habían sido vulnerados podía recurrir al Tribunal Superior para obtener reparación. Véase también CAT/C/TUR/CO/3 (2011). El Estado parte modificó su Constitución a fin de establecer el derecho a recurrir ante el Tribunal Constitucional para denunciar violaciones de los derechos y las libertades fundamentales.

⁵⁵ CRC/C/CUB/CO/2 (2011). Se recomendó al Estado parte que considerara la posibilidad de modificar su Constitución para ampliar la protección de los derechos a la libertad de expresión, de asociación y de reunión pacífica. A/HRC/15/16 (2010). Se instó al Estado a que aplicara plenamente las disposiciones de su Constitución relativas a la libertad de expresión, protegiera a todos los periodistas frente al acoso y creara un entorno favorable al funcionamiento de unos medios de difusión libres, entre otras cosas simplificando los trámites de inscripción y acreditación. A/HRC/10/71 (2009). Se recomendó al Estado que levantara todas las restricciones a las actividades y reuniones políticas y permitiera el registro de los partidos políticos, según lo previsto en la Constitución.

⁵⁶ A/HRC/7/10/Add.4 (2008). Una ley del Estado discriminaba a las minorías religiosas y no se ajustaba a las normas internacionales ni a la Constitución del Estado.

⁵⁷ A/HRC/13/23/Add.1 (2010). Se expresó preocupación por que un Estado reconociera religiones tradicionales sobre la base de la libertad de religión, pero no otorgara las mismas libertades a quienes profesaban religiones consideradas no tradicionales, como los testigos de Jehová, los baptistas, los evangelistas y los científicos.

de conciencia al servicio militar como parte de la libertad de religión o de creencias⁵⁸.

También se han formulado recomendaciones relativas a la protección constitucional de las limitaciones de la prisión preventiva⁵⁹, la prohibición de la tortura⁶⁰, la independencia del poder judicial⁶¹ y el derecho de los abogados a ejercer libremente su profesión sin intimidación ni hostigamiento⁶².

⁵⁸ CCPR/C/PRY/CO/2 (2006). La Constitución del Estado parte reconocía la objeción de conciencia al servicio militar y la Cámara de Diputados había adoptado medidas provisionales para garantizar el cumplimiento de la objeción de conciencia ante la falta de regulación específica de este derecho.

⁵⁹ CAT/C/CR/34/UGA (2005). Se expresó preocupación por que la detención preventiva excediera el límite de 48 horas establecido en la Constitución y por que los sospechosos de traición y terrorismo pudieran permanecer detenidos durante 360 días sin fianza. A/HRC/25/6 (2013). Se instó al Estado a que velara por que todos los detenidos que estuvieran en prisión preventiva fueran llevados ante un juez en los plazos establecidos en la Constitución y de conformidad con lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶⁰ A/HRC/21/5 (2012). Se pidió a un Estado que estaba elaborando una nueva constitución que considerara la posibilidad de incluir disposiciones contra la tortura y garantizar una reparación efectiva a las víctimas.

⁶¹ CCPR/CO/72/PRK (2002). En un Estado parte había disposiciones constitucionales y legislativas que amenazaban gravemente la imparcialidad y la independencia del poder judicial; concretamente, la Constitución limitaba la duración del cargo de los jueces a cinco años, el Tribunal Central rendía cuentas a la Asamblea Popular Suprema y los jueces podían ser considerados penalmente responsables por dictar "sentencias injustas". CAT/C/QAT/CO/2 (2013). A pesar de que la Constitución y otras leyes nacionales contenían disposiciones que establecían la independencia del poder judicial, la justicia carecía de independencia debido principalmente a la inseguridad en el cargo de los jueces.

⁶² CAT/C/BLR/CO/4 (2011). Se expresó preocupación por que los abogados fueran objeto de intimidaciones e injerencias en el ejercicio de su profesión y por que, a pesar de ser independientes por ley, los colegios de abogados estuvieran subordinados en la práctica al Ministerio de Justicia y varios abogados hubieran sido inhabilitados por representar a personas vinculadas con una manifestación.

Además, se han formulado recomendaciones sobre el derecho a la vida⁶³, la prohibición de la esclavitud⁶⁴ y la inderogabilidad de los derechos reconocidos como tales en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁵.

Derechos económicos, sociales y culturales

Los mecanismos de derechos humanos también han formulado recomendaciones sobre los derechos económicos, sociales y culturales, en particular si la Constitución de un Estado no hace referencia alguna a esos derechos⁶⁶ o restringe su interpretación⁶⁷.

En relación con los derechos sustantivos, se ha hecho referencia en repetidas ocasiones al derecho a la educación⁶⁸, el derecho a la salud⁶⁹, el derecho

⁶³ CCPR/CO/79/LKA (2003). Se expresó preocupación por que no se mencionara el derecho a la vida en la Constitución de un Estado parte. CCPR/C/SLE/CO/1 (2014). Se acogió con agrado la continuación de la moratoria de la pena de muerte y el compromiso manifestado de abolir la pena de muerte, pero se lamentó la lentitud con que avanzaba el proceso para abolirla y eliminarla de la Constitución del Estado parte.

⁶⁴ A/HRC/17/15 (2011). Se recomendó a un Estado que hiciera todo lo posible por garantizar la observancia de la prohibición de la esclavitud en la nueva Constitución.

⁶⁵ CCPR/C/79/Add.120 (2000). Se recomendó a un Estado parte que modificara su Constitución y su ley sobre situaciones de emergencia para proteger plenamente todos los derechos inderogables enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶⁶ CERD/C/63/CO/10 (2003). Se expresó preocupación por que la Constitución de un Estado parte no hacía referencia a los derechos económicos, sociales y culturales.

⁶⁷ E/C.12/VNM/CO/2-4 (2014). La Constitución de un Estado parte tenía un artículo que restringía el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, por lo que se instó al Estado parte a que revisara esas restricciones establecidas en la Constitución y en las leyes y normas de ejecución de modo que se ajustaran al Pacto.

⁶⁸ CRC/C/NGA/CO/3-4 (2010). Se recomendó que se incorporara en la Constitución el derecho a la enseñanza primaria gratuita y obligatoria en el contexto de la revisión constitucional del Estado parte y que se eliminaran las tasas escolares para que la educación primaria fuera efectivamente gratuita. E/C.12/POL/CO/5 (2009). A pesar de que la Constitución del Estado parte garantizaba la gratuidad de la educación, la educación en las universidades estatales no era completamente gratuita, y ello afectaba especialmente a los grupos desfavorecidos y marginados, sobre todo en las zonas rurales.

⁶⁹ A/HRC/14/20/Add.4 (2010). Se recomendó a un Estado parte que incluyera en su Constitución el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud.

a la alimentación y el acceso al agua⁷⁰, y el derecho a la vivienda⁷¹, entre otros.

Discriminación por motivos prohibidos

Como ya se señaló, las constituciones por lo general prohíben la discriminación por una amplia gama de motivos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los dos pactos internacionales de derechos humanos, así como por otros motivos que figuran en tratados internacionales de derechos humanos más recientes o que han sido establecidos por interpretación de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos (véase el capítulo II, sección B.1, de la presente publicación). Sin embargo, los órganos de tratados se han referido en profundidad a algunas cuestiones relativas a la discriminación cuando existe un tratado de derechos humanos centrado en un aspecto concreto de la discriminación, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Con respecto a la discriminación racial, se ha cuestionado que las constituciones de algunos Estados contengan una definición de discriminación racial que no guarde plena conformidad con la definición enunciada en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial⁷²; que un Estado no conceda la nacionalidad a niños nacidos en su territorio por motivos de color u origen

⁷⁰ E/C.12/SLV/CO/3-5 (2014). Se recomendó a un Estado parte que concluyera el proceso de ratificación parlamentaria de las reformas constitucionales para garantizar el derecho a la alimentación y el acceso al agua en la Constitución.

⁷¹ E/C.12/KEN/CO/1 (2008). Se recomendó a un Estado parte que añadiera una disposición a su proyecto de constitución para que los desalojos se utilizaran únicamente como último recurso.

⁷² CERD/C/63/CO/6 (2003); CERD/C/PER/CO/18-21 (2014); CERD/C/JPN/CO/7-9 (2014).

racial⁷³; que ciertos grupos étnicos o raciales tengan derechos limitados⁷⁴; o que la incitación al odio racial, religioso o étnico no esté prohibida en la práctica⁷⁵.

Con respecto a la discriminación por motivos de sexo o género, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado a algunos Estados partes que incluyan en su Constitución o legislación disposiciones que prohíban todas las formas de discriminación directa e indirecta contra la mujer, establezcan sanciones para dicha discriminación y deroguen todas las leyes discriminatorias⁷⁶. También ha recomendado que se deroguen las disposiciones constitucionales que permitan la discriminación por motivos de sexo en cuestiones relativas a la adopción, el matrimonio, el divorcio, la sepultura, la devolución de bienes, la defunción u otros asuntos que inciden en el ámbito de las disposiciones del derecho de la persona⁷⁷. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos observó avances positivos, como un artículo de la Constitución de un Estado parte que prohibía las costumbres o tradiciones contrarias a los intereses o el bienestar de las mujeres⁷⁸.

Se han cuestionado disposiciones constitucionales que han contribuido a perpetuar el papel de la mujer como madre y ama de casa⁷⁹, y otras que no permitían que las mujeres transmitieran su nacionalidad a un cónyuge extranjero en las mismas condiciones que los hombres⁸⁰. Se han celebrado las disposiciones constitucionales y las leyes electorales de algunos

⁷³ CRC/C/LBR/CO/2-4 (2012). Un Estado parte seguía denegando la nacionalidad a niños nacidos en su territorio por motivos de color u origen racial en virtud de disposiciones de la Constitución que eran incompatibles con la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁷⁴ CERD/C/TCD/CO/16-18 (2013). La Constitución de un Estado parte contenía una disposición por la que se prohibía “toda propaganda de carácter étnico, tribal, regional o religioso que buscara menoscabar la unidad nacional o la secularidad del Estado” y que podía interpretarse como un impedimento para que los miembros de determinados grupos étnicos o religiosos ejercieran los derechos que los asistían en virtud de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

⁷⁵ A/HRC/7/19/Add.4 (2008). Se instó a un Estado a que incorporara plenamente en la Constitución la prohibición de la incitación al odio racial, religioso y étnico.

⁷⁶ CEDAW/C/PAK/CO/4 (2013).

⁷⁷ CEDAW/C/LSO/CO/1-4 (2011).

⁷⁸ CCPR/CO/80/UGA (2004).

⁷⁹ A/57/38 (2002).

⁸⁰ CEDAW/C/NGA/CO/6 (2008); CEDAW/C/SWZ/CO/1-2 (2014).

Estados que han establecido cupos o metas cuantitativas en relación con la participación de la mujer en los puestos políticos y de adopción de decisiones⁸¹.

También se han formulado recomendaciones para que determinados Estados revisen su Constitución y su legislación a fin de garantizar la prohibición de la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género⁸².

En relación con los derechos de las personas con discapacidad, las recomendaciones se han centrado en que se incluya la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad en las constituciones y la legislación de los Estados⁸³. También se ha expresado preocupación acerca de los obstáculos para eliminar la discriminación contra los niños con discapacidad, en particular sobre sus condiciones de vida, que a menudo son malas, la falta de integración en las escuelas y la sociedad, y la persistencia de las actitudes discriminatorias hacia ellos en la sociedad⁸⁴. También se ha expresado preocupación por que las personas con discapacidad sean objeto de discriminación, particularmente en relación con el pleno ejercicio de sus derechos electorales⁸⁵.

Derechos de grupos protegidos

Ciertos grupos protegidos, como los niños, los migrantes, los pueblos indígenas y las minorías, tienen derechos específicos en el derecho de los derechos humanos. En la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se enuncian los derechos específicos de estos grupos. El Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial contienen disposiciones que protegen a las minorías. Las constituciones a menudo contienen artículos que

⁸¹ CEDAW/C/IRQ/CO/4-6 (2014); CEDAW/C/RWA/CO/6 (2009).

⁸² CCPR/C/BLZ/CO/1 (2013); CEDAW/C/MKD/CO/4-5 (2013).

⁸³ CRC/C/15/Add.168 (2001); CRC/C/15/Add.213 (2003).

⁸⁴ CRC/C/15/Add.241 (2004).

⁸⁵ CCPR/C/AGO/CO/1 (2013).

abordan los derechos de estos grupos y se han formulado recomendaciones por medio de los mecanismos de derechos humanos sobre los tipos de protección constitucional que estos grupos deberían tener.

Con respecto a los derechos del niño, el Comité de los Derechos del Niño valoró positivamente que un Estado hubiera incorporado el principio del interés superior del niño en su Constitución⁸⁶, así como las disposiciones constitucionales relativas a la protección de los niños, incluidos los niños nacidos fuera del matrimonio⁸⁷. El Comité consideró preocupante que una disposición constitucional estableciera que, en caso de necesidad, todos los ciudadanos físicamente aptos podían ser reclutados para el servicio militar, pues ello podía bajar indefinidamente la edad de reclutamiento⁸⁸. Se señaló en el caso de otro Estado que, aunque la Constitución prohibía el trabajo infantil, lo cual era positivo, ninguna ley laboral prohibía el trabajo peligroso o dañino para los menores de 18 años⁸⁹.

Con respecto a los trabajadores migratorios y sus familiares, se expresó preocupación por que la Constitución de un Estado estableciera que el poder ejecutivo tenía la facultad exclusiva de expulsar del territorio nacional, inmediatamente y sin juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgase indeseable⁹⁰. Se valoró positivamente que en la nueva Constitución de un Estado se incluyeran derechos de los trabajadores migratorios nacionales y extranjeros, y se reconociera la migración como un derecho⁹¹. Por otra parte, se expresó preocupación por que, a pesar de que la Constitución de un Estado establecía que todos los niños que nacieran en el territorio de ese Estado serían ciudadanos por nacimiento, independientemente de la nacionalidad de los padres, muchos oficiales del Registro Civil se negaban a inscribir los nacimientos de los hijos de los trabajadores migratorios indocumentados⁹².

⁸⁶ CRC/C/NAM/CO/2-3 (2012); CRC/C/GHA/CO/2 (2006); CRC/C/15/Add.241 (2004).

⁸⁷ CRC/C/TLS/CO/1 (2008).

⁸⁸ CRC/C/OPAC/SLV/CO/1 (2006).

⁸⁹ CRC/C/PRK/CO/4 (2009).

⁹⁰ CAT/C/MEX/CO/4 (2007).

⁹¹ CMW/C/ECU/CO/2 (2010).

⁹² CMW/C/MEX/CO/2 (2011).

Se han formulado recomendaciones relativas a los pueblos indígenas en las que se insta a algunos Estados a que modifiquen sus constituciones para reconocer jurídica y políticamente a los pueblos indígenas⁹³. Se celebró que un Estado parte incluyera una disposición que establecía que el Estado debía adoptar medidas para proteger los derechos y los intereses de los pueblos indígenas y, en especial, las tierras y los bosques donde estuvieran asentados⁹⁴. Del mismo modo, se celebró que un artículo de una Constitución estableciera el derecho de los pueblos indígenas a elegir a sus propios representantes, aunque se señaló que ese derecho no debía ser restringido indebidamente⁹⁵.

En relación con los derechos de las minorías, se celebró que un artículo de la Constitución de un Estado parte, junto con la Ley de Idiomas Estatales de ese Estado, garantizaran el derecho de las personas pertenecientes a minorías a recibir enseñanza en su lengua⁹⁶. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomendó a un Estado parte cuyas tres comunidades lingüísticas mayoritarias estaban reconocidas en la Constitución que protegiera también la diversidad cultural de todos los grupos minoritarios⁹⁷. Asimismo, en el caso de un Estado parte cuya Constitución preveía que dos minorías nacionales tuvieran representación en el Parlamento, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial expresó preocupación sobre la representación de otras minorías en el Parlamento y en los órganos regionales electivos⁹⁸.

B. Objetivos, formas y metodología de los programas de asistencia

Los responsables de redactar una declaración de derechos constitucionales disponen de un ingente caudal de experiencias internacionales y antecedentes nacionales y, en la práctica, suelen aprovecharlos. Ello ocurre en formas más o menos institucionalizadas. El sistema de las Naciones

⁹³ E/C.12/SLV/CO/3-5 (2014); E/CN.4/2006/78/Add.2 (2005).

⁹⁴ CERD/C/HND/CO/1-5 (2014).

⁹⁵ CERD/C/MEX/CO/16-17 (2012).

⁹⁶ CERD/C/KGZ/CO/5-7 (2013).

⁹⁷ E/C.12/BEL/CO/3 (2008).

⁹⁸ CERD/C/SVN/CO/6-7 (2010).

Unidas, las organizaciones regionales, los gobiernos, las instituciones especializadas y las organizaciones no gubernamentales suelen prestar asistencia institucionalizada en diversos marcos de cooperación. Los gobiernos u otras partes en los procesos de reforma constitucional también acuden a expertos internacionales que prestan asistencia a título personal.

Existen algunos principios generales que deberían orientar la prestación de asistencia internacional para las reformas constitucionales, que son compatibles en gran medida con el marco general de cooperación técnica. Si bien algunos ya han sido mencionados en el presente documento, puede ser útil resumir aquí los principios pertinentes de políticas que figuran en la nota orientativa del Secretario General sobre la asistencia de las Naciones Unidas en los procesos constituyentes:

1. Aprovechar la oportunidad de consolidar la paz en países que atraviesen una situación de conflicto o acaben de salir de ella. Los procesos constituyentes pueden brindar nuevas oportunidades para abordar las causas fundamentales de un conflicto y elaborar soluciones sostenibles. En muchas situaciones, un proceso constituyente basado en los derechos humanos es uno de los procesos que posibilita la resolución de un conflicto.
2. Promover el cumplimiento de las normas y los principios internacionales. La cooperación internacional debería promover las normas internacionales de derechos humanos como una referencia esencial para las reformas constitucionales y abordar los derechos reconocidos en el derecho internacional de los grupos que hayan sido objeto de discriminación y marginación.
3. Velar por la implicación nacional. Una condición básica para el éxito es que el país se implique en el proceso de elaboración y reforma de una constitución. Los actores internacionales deben facilitar asistencia técnica internacional a los asociados nacionales, pero sin imponérsela, y demostrar que comprenden las prioridades, las tradiciones y los sistemas jurídicos de cada país.
4. Fomentar la inclusión, la participación y la transparencia. Estas son condiciones decisivas para la legitimidad de las reformas constitucionales. El proceso de reforma no debería integrar solamente a las autoridades públicas, sino a todos los sectores de la sociedad,

incluidos los pueblos indígenas y las minorías, las organizaciones que representan a las mujeres, las organizaciones no gubernamentales, las instituciones académicas, los partidos políticos, los medios de comunicación y las organizaciones profesionales del ámbito del derecho, entre otros.

5. Movilizar y coordinar una amplia variedad de conocimientos especializados. Una asistencia eficaz requiere la contribución de diversos actores. Por consiguiente, todas las partes deben procurar armonizar la asistencia constitucional.
6. Promover un seguimiento adecuado. Las reformas constitucionales no terminan con la aprobación de una nueva constitución, sino que deben complementarse con medidas posteriores en el ámbito de la educación pública, la formación profesional y otras formas de fomento de la capacidad.
7. Velar por la transparencia y la rendición de cuentas de la asistencia internacional. Este es uno de los requisitos previos esenciales para la credibilidad del asesoramiento externo.

El objetivo general de prestar asistencia en la redacción de una declaración de derechos es aumentar la capacidad de los asociados nacionales para que elaboren un proyecto de constitución o de reforma constitucional que se ajuste plenamente a las normas internacionales de derechos humanos, teniendo en cuenta la correspondiente interpretación formulada por los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y otros mecanismos de derechos humanos. Además de servir de inspiración y orientación general a los legisladores nacionales, las normas internacionales de derechos humanos deben verse como un criterio para evaluar las soluciones jurídicas, prácticas y de políticas adoptadas a nivel nacional. Como se señala en la nota orientativa: "La asistencia requerida puede abarcar desde el asesoramiento jurídico hasta la facilitación de negociaciones entre las partes interesadas sobre la estructura del proceso y los principios constitucionales fundamentales. También puede requerirse asistencia para establecer campañas de consulta y educación pública, suministrar apoyo administrativo, financiero y jurídico al órgano constituyente o prestar asesoramiento sobre los procedimientos para la aprobación definitiva".

Prestar asistencia internacional es una tarea difícil. Algunos actores nacionales pueden sentirse inclinados a rechazar la presencia de asesores internacionales por considerar que el proceso constituyente es un acto soberano que pueden realizar ellos mismos. Además, la asistencia internacional a menudo resulta perjudicada por la falta de coordinación. Es esencial que los actores internacionales entiendan a los actores nacionales que llevan adelante el proceso constituyente y respeten sus posiciones y sus aspiraciones. Gracias a esa comprensión, los actores internacionales pueden ser reconocidos por la función que desempeñen como mediadores, promotores o proveedores de conocimientos especializados sobre un tema determinado. Algunos ejemplos de medidas positivas son: organizar seminarios sobre las cuestiones concretas que se abordarán en el proyecto de constitución; suministrar libros de referencia y otros documentos que los actores nacionales que participen en el proceso puedan usar como bibliografía de consulta; y prestar apoyo para elaborar documentos y otros materiales que puedan usarse, por ejemplo, para informar a la ciudadanía sobre el proceso constituyente y sobre el contenido del proyecto de constitución, una vez que esté terminado.

Otras medidas positivas pueden consistir en suministrar información sobre las experiencias de otros Estados con los procesos constituyentes. Se puede, por ejemplo: proporcionar información sobre la manera en que otros países han abordado la cuestión de la responsabilidad penal en el marco de un conflicto étnico; proporcionar información sobre las comisiones de la verdad y la reconciliación; proporcionar información sobre las normas y mecanismos internacionales; y, en la etapa de aplicación, prestar asistencia técnica para establecer instituciones o redactar leyes de ejecución. Al prestar asistencia, los actores internacionales deben asegurarse de que comprenden la coyuntura política del país, pues un proceso constituyente es, en definitiva y ante todo, un proceso nacional de carácter político.

Los equipos de las Naciones Unidas en los países, en cooperación con el ACNUDH, desempeñan un papel fundamental en la prestación de la asistencia internacional. Los derechos humanos, la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer constituyen uno de los cuatro principios fundamentales que se derivan de las normas y los principios cuya defensa y promoción tienen encomendadas las Naciones Unidas y que deben

orientar todas las actividades de programación en los países⁹⁹. Estos principios de derechos humanos proporcionan un marco para integrar la necesidad de reformas constitucionales en las evaluaciones comunes para los países y el Marco de Asistencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Según el país de que se trate y la situación particular de ese país, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres), el Departamento de Asuntos Políticos de las Naciones Unidas y el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz pueden desempeñar un papel particularmente importantes en un proceso constituyente y pueden solicitar a este respecto la cooperación del ACNUDH sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos.

C. Asociaciones

Como se destaca en las Orientaciones provisionales relativas al Marco de Asistencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo de 2017, la implicación nacional y las prioridades nacionales deben considerarse en el contexto de la cooperación. Al tiempo que promueve las prioridades nacionales, el equipo de las Naciones Unidas en el país debe ayudar a configurar esas prioridades de manera que reflejen, entre otras cosas, las obligaciones contraídas por el gobierno en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre otros. Para que la asistencia que presten sea lo más eficaz y eficiente posible, todos los asociados internacionales que participen en una reforma constitucional deben esforzarse por cooperar entre sí y facilitar la participación activa de los asociados nacionales. También incumbe a los equipos de las Naciones Unidas en los países cooperar con las organizaciones regionales que han desarrollado sus propios conocimientos especializados sobre asuntos

⁹⁹ Los otros tres principios fundamentales son el desarrollo sostenible y la resiliencia, no dejar a nadie atrás, y la rendición de cuentas. Véase Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Interim United Nations Development Assistance Framework Guidance* (2016), pág. 7. Puede consultarse en: <https://undg.org/wp-content/uploads/2016/09/Interim-UNDAF-Guidance-2016.pdf>.

constitucionales, a menudo estrechamente relacionados con los enfoques nacionales respectivos. Estas asociaciones son una importante garantía del éxito del proceso de redacción y la efectividad de los derechos enunciados en la constitución.

FUENTES Y REFERENCIAS

Tratados internacionales fundamentales de derechos humanos

- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1965
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984
- Convención sobre los Derechos del Niño, 1989
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006
- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 2006
- Los tratados internacionales fundamentales se pueden consultar en:
www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx.

Observaciones generales citadas en la presente publicación

- Comité de Derechos Humanos
- Observación general núm. 18 (1989) sobre la no discriminación
- Observación general núm. 22 (1993) sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18)
- Observación general núm. 24 (1994) sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto

Observación general núm. 25 (1996) sobre el derecho a la participación en los asuntos públicos, el derecho de voto y el derecho de acceso equitativo a la función pública (artículo 25)

Observación general núm. 29 (2001) sobre la suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4)

Observación general núm. 31 (2004) del Comité de Derechos Humanos sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto

Observación general núm. 32 (2007) sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (artículo 14)

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Observación general núm. 3 (1990) sobre la índole de las obligaciones de los Estados partes (artículo 2, párrafo 1)

Observación general núm. 9 (1998) sobre la aplicación interna del Pacto

Observación general núm. 19 (2007) sobre el derecho a la seguridad social (artículo 9)

Observación general núm. 20 (2009) sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2)

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

Recomendación general núm. 32 (2009) sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Todas las observaciones finales pueden consultarse en: www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx.

Notas orientativas del Secretario General citadas en la presente publicación

Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Assistance to Constitution-making Processes (Nota orientativa del Secretario General sobre la asistencia de las Naciones Unidas en los procesos constituyentes)

Guidance Note of the Secretary-General: UN Approach to Rule of Law Assistance (Nota orientativa del Secretario General sobre el enfoque de las Naciones Unidas de la asistencia sobre el estado de derecho)

Guidance Note of the Secretary-General on Democracy (Nota orientativa del Secretario General sobre la democracia)

Constituciones nacionales citadas en la presente publicación

Afganistán – Constitución de 2004

Alemania – Ley Fundamental de 1949

Andorra – Constitución de 1993

Angola – Constitución de 2010

Argentina – Constitución de 1994

Azerbaiyán – Constitución de 1995

Bahrein – Constitución de 1973

Benin – Constitución de 1990

Bolivia (Estado Plurinacional de) – Constitución de 2009

Bosnia y Herzegovina – Constitución de 1995

Brasil – Constitución de 1988

Bulgaria – Constitución de 1991

Burkina Faso – Constitución de 1991

Burundi – Constitución de 2005

Cabo Verde – Constitución de 1992

Camboya – Constitución de 1993

Chequia – Constitución de 1992

China – Constitución de 1982

Colombia – Constitución de 1991

Costa Rica – Constitución de 1949 (reformada en 2011)

Ecuador – Constitución de 2008
Eslovaquia – Constitución de 1992
Eslovenia – Constitución de 1991
Estados Unidos de América – Constitución de 1787
Estonia – Constitución de 1992
Etiopía – Constitución de 1994
Federación de Rusia – Constitución de 1993
Fiji – Constitución de 2013
Francia – Constitución de 1958
Georgia – Constitución de 1995
Ghana – Constitución de 1992
Guinea-Bissau – Constitución de 1984
India – Constitución de 1949
Indonesia – Constitución de 1945
Kenya – Constitución de 2010
Malasia – Constitución de 1957
Malawi – Constitución de 1994; reformada en 2010
Maldivas – Constitución de 2008
Mauricio – Constitución de 1968
México – Constitución de 1917
Mongolia – Constitución de 1992
Nepal – Constitución provisional de 2007
Nigeria – Constitución de 1999
Países Bajos – Constitución de 2002
Polonia – Constitución de 1997
Portugal – Constitución de 1976

Rwanda – Constitución de 2003, con las enmiendas introducidas hasta 2015

Serbia – Constitución de 2006

Sudáfrica – Constitución provisional de 1993; Constitución de 1996

Suiza – Constitución de 1999

Timor-Leste – Constitución de 2002

Ucrania – Constitución de 1996

Venezuela (República Bolivariana de) – Constitución de 2009

Los textos completos de las constituciones citadas pueden consultarse en publicaciones de los propios Estados en Internet o en los siguientes sitios web:

Constitute

www.constituteproject.org

International Constitutional Law

www.servat.unibe.ch/icl

International IDEA: ConstitutionNet

www.constitutionnet.org

Refworld

www.refworld.org.es/

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

www.wipo.int/wipolex/es/index.jsp

Ejemplos de sitios web de derechos humanos que ofrecen acceso a instrumentos y jurisprudencia internacionales y regionales

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

www.ohchr.org/SP/Pages/Home.aspx

Índice Universal de los Derechos Humanos

<http://uhri.ohchr.org/es/>

Jurisprudence

<http://juris.ohchr.org/es/Home/Index/>

Consejo de Europa – Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia)

<http://www.venice.coe.int/>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

www.echr.coe.int

Corte Interamericana de Derechos Humanos

www.corteidh.or.cr/index.php/es

Biblioteca de Derechos Humanos de la Universidad de Minesota

<http://hrlibrary.umn.edu/Sindex.html>

Universidad de Pretoria – Centro de Derechos Humanos

Jurisprudencia africana de derechos humanos

www.chr.up.ac.za/index.php/documents/african-human-rights-case-law-database.html

Base de datos sobre los derechos de los pueblos indígenas

www.chr.up.ac.za/chr_old/indigenous/

Tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas

www.bayefsky.com

