

2006 Concurso Interamericano de Derechos Humanos

Juana Olin vs. Iberolandia¹

MEMORANDO DE JUEZ

----- CONFIDENCIAL -----

¹ Preparado por Ariel E. Dulitzky con la colaboración de Oscar Parra Vera, Becario “Rómulo Gallegos” de la CIDH. Quisiera agradecer los aportes de los siguientes estudiantes del Washington College of Law: Daniel Brindis, Mariana Canelon, Jessica Farb, Julio Guity, Lindsay Jenkins, Adam Norlander y Marta Maria Tavares Vargas en la investigación y preparación de este documento. Quiero agradecer los comentarios de Claudia Martin, Diego Rodríguez-Pinzón y Shazia Anwar por sus certeras observaciones para mejorar este trabajo. Por supuesto, los errores y omisiones son de mi propia responsabilidad. El presente memo no pretende ser una solución del caso Olin v. Iberolandia. Solo procura ser una guía para los jueces identificando, algunos —no todos— de los principios fundamentales que podrían sustentar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Estado de Iberolandia.

INDICE

1.	INTRODUCCIÓN	3
1.1.	Utilización de instrumentos internacionales y de jurisprudencia no interamericana.....	3
2.	ARTÍCULO 24 CON RELACION A LOS ARTÍCULOS 1 Y 2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	5
2.1.	¿Cuáles son las obligaciones de los Estados frente a diferencias estructurales? Y en particular, ¿Existe una obligación de acción afirmativa frente a una discriminación estructural?	7
2.2.	¿Las acciones adoptadas por Iberolandia son suficientes para garantizar igualdad y no discriminación?.....	11
2.3.	¿Cumplen los criterios utilizados para la admisión con la obligación de garantizar igualdad y no discriminación? En particular, ¿Resulta la utilización de la entrevista oral un recurso admisible en el caso?	14
2.4.	¿Es admisible exigirle a la Corte que se ordene la adopción del sistema de cuotas como el modelo de acción afirmativa aplicable al caso?	15
3.	ARTÍCULO 7 EN CONEXIÓN CON LOS ARTÍCULOS 6.A Y 9 DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, ERRADICAR Y SANCIONAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER	16
3.1	¿Es la discriminación un asunto de violencia contra la mujer cubierto por la Convención de Belém do Pará?.....	17
3.2	¿Cuáles son las obligaciones emergentes en relación con la condición de mujer afroiberolandesa? En particular, ¿Cumplen las medidas adoptadas por Iberolandia con el estándar de la debida diligencia señalado por la Convención de Belém do Pará?.....	18
4.	ARTÍCULO 13 DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR.....	19
4.1	La obligación de adoptar un sistema de cupos para el acceso de afro-descendientes, en el caso concreto, ¿es una obligación con efecto inmediato o de cumplimiento progresivo? ..	26
4.2	¿En qué términos una política de asignación de recursos y/o focalización en la recaudación de impuestos puede vulnerar el derecho de acceso igualitario al sistema de educación superior?	27
4.3	¿Se vulnera el artículo 13 si no existe una política pública educativa basada en la acción afirmativa para permitir el acceso en igualdad de oportunidades de una persona perteneciente a una minoría étnica?.....	29
5.	ARTÍCULO 28 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS....	33
5.1	¿Cuáles son las obligaciones de un Estado Federal con relación a las acciones y omisiones de las entidades componentes de la Federación (Cuáles son las obligaciones de Iberolandia en relación con las acciones y omisiones de Rivera del Norte)?	34
5.2	¿Es el artículo 28 de la Convención una “intención diferente de aplicación” según lo previsto en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados? ¿Cuál es la interpretación del artículo 28 a partir de los trabajos preparatorios de este artículo? ¿Existía la	

intención de limitar la aplicación territorial de la Convención Americana?	37
5.3 ¿Cuál es la relación entre las obligaciones generales de los artículos 1 y 2 de la Convención en relación con las obligaciones del artículo 28?.....	41
5.4 ¿Se discriminó a Juana Olin por la no aplicación uniforme de la Ley 678, es decir, por la inaplicación de la citada ley en Rivera del Norte frente a la aplicación en el resto de las provincias?	46

1. INTRODUCCIÓN

El caso Juana Olin vs. Iberolandia plantea una problemática que se halla presente en diversos Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA). El caso exige analizar cuáles son las obligaciones que tiene un Estado Miembro de la OEA, con estructura federal, para asegurar de manera igualitaria el ejercicio efectivo del derecho a la educación superior de una mujer afro-descendiente.

1.1. Utilización de instrumentos internacionales y de jurisprudencia no interamericana

Dado que el caso se relaciona con temáticas que no han tenido mayor desarrollo en la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (en adelante Comisión Interamericana, Comisión o CIDH y Corte Interamericana o Corte), es legítimo que algunos equipos utilicen instrumentos internacionales que no hacen parte del Sistema Interamericano y el posible manejo de estándares jurisprudenciales de algunas cortes de los Estados Partes. Este *bench memorandum* alude a fuentes que no hacen parte del sistema interamericano, práctica que ha sido impulsada por los órganos del Sistema. Ahora bien, al utilizar estas herramientas, los equipos deben justificar su papel como fuentes del derecho internacional, para lo cual deben involucrar algunos de los siguientes argumentos y contra argumentos posibles. En este segmento, salvo algunas excepciones específicas, no se diferencia entre argumentos de la Comisión y del Estado, toda vez que ambos roles pueden utilizar estos instrumentos para sus estrategias.

Argumentos a favor de la utilización de estándares y jurisprudencia de otros sistemas:

a. La práctica y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos permite la utilización de instrumentos fuera del sistema interamericano como pauta para integrar la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana).

En su Opinión Consultiva OC-1 sobre “Otros Tratados”, la Corte Interamericana indicó que en la Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos. (OC-1, párr. 41). Más recientemente, la Corte ha dicho que la Convención Americana forma parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los derechos humanos, al cual puede recurrirse para fijar el alcance de alguna de las disposiciones del instrumento interamericano.²

b. El artículo 29 b) de la Convención Americana sobre normas de interpretación establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y

² Corte I.D.H., Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 192 y 194.

4

ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. En este sentido, no es posible disminuir el estándar de protección alcanzado a nivel internacional o a nivel nacional. Por ello, es posible sostener que esta norma hace legítimo que los órganos de protección interpreten la Convención Americana sin minimizar el estándar de protección alcanzado a nivel nacional.

c. Las actuaciones de los órganos del Sistema Interamericano están guiadas por los principios de subsidiariedad y coadyuvancia de los sistemas nacionales como lo indica el Preámbulo de la Convención Americana. Esto exhorta a involucrar el derecho nacional en forma complementaria, cuando ello contribuye al fortalecimiento de la protección y es razonable, según las circunstancias del caso concreto.

d. La práctica de la Corte ha integrado el derecho nacional para definir el alcance específico de diferentes derechos convencionales. “Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos —“, la jurisprudencia de la Corte ha utilizado diversas disposiciones nacionales al momento de determinar una violación de derechos. En el *Caso Cinco Pensionistas*, la Corte utilizó el derecho nacional para determinar si el derecho a la pensión puede considerarse un derecho adquirido³. En el *Caso Awás Tingni*, la Corte dispuso del derecho interno para precisar el alcance del derecho a la propiedad en el caso concreto, lo cual permitió garantizar los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal⁴. Como se observa, se trata de un análisis de la protección nacional de derechos para determinar los alcances de la protección internacional.

e. El artículo 24 de la Convención Americana señala que todas las personas tienen derecho a igual protección ante la ley. Tanto la Corte, como el Comité de Derechos Humanos, han señalado que esta redacción significa que el ámbito de protección abarca no solamente los derechos convencionales sino también los derechos a nivel doméstico. Por ello, el derecho interno es relevante para determinar el alcance de los derechos convencionales y el grado de igualdad que es pertinente evaluar.

f. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha impulsado un diálogo entre los órganos del sistema y los tribunales nacionales. En efecto, en el Sistema Europeo existe un mayor grado de deferencia a los tribunales garantistas. Por ejemplo, en algunos casos, a fin de determinar el “bien común europeo”, se ha utilizado a los tribunales nacionales (en particular el Tribunal Constitucional Alemán) como pauta de interpretación europea sobre el contenido de los derechos⁵.

g. El *principio pro homine* indica que si los estándares utilizados son menores a la protección establecida convencionalmente, no pueden ser invocados para desplazar a la protección de mayor alcance. A ello responde también el principio básico del derecho de la responsabilidad

³ Corte I.D.H., Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 95 y ss.

⁴ Corte I.D.H., Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148.

⁵ Este tipo de práctica se observa también en algunos precedentes de la CIDH. Ver, Informe No 30/97, Caso 10.087, Gustavo Carranza, (Argentina), 30 de septiembre de 1997, párrs. 41 y 42, donde la CIDH utilizó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, la Corte Constitucional de Colombia, para rechazar el argumento del Estado de declarar “no justiciable” un caso de la remoción de un juez por el gobierno militar anterior sin haber considerado los meritos del caso.

internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Asimismo, como ya ha señalado la Corte Interamericana y como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida⁶.

Argumentos en contra:

a. Las reglas de interpretación del derecho internacional exigen que la primera interpretación sea la literal de conformidad con lo establecido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Si el texto del tratado es claro, no se deben buscar medios alternativos de interpretación. La utilización de otros tratados es útil pero debe primar el texto de los artículos señalados como violados. Más aún en relación con la jurisprudencia del Sistema Europeo, que obedece a una racionalidad diferente.

b. Las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante Comité DESC) son producto de un órgano que no tiene base convencional. El Comité DESC fue creado en 1985 por el Consejo Económico y Social, organismo establecido en la Carta de Naciones Unidas y al cual el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) le confiere algunos mandatos de supervisión. Esto diferencia al Comité DESC de otros órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados. Por tal motivo, sus observaciones no generan obligaciones para los Estados y sus interpretaciones autorizadas no tienen carácter vinculante.

c. Las Observaciones son comentarios generales y no resoluciones que decidan sobre casos individuales, por ello debe plantearse su relevancia en cada caso concreto. En los casos individuales, la jurisprudencia tiene mayor relevancia que los comentarios generales.

2. ARTÍCULO 24 CON RELACION A LOS ARTÍCULOS 1 Y 2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

En su demanda la Comisión alega la violación del artículo 24 de la Convención con relación a los artículos 1 y 2 del mismo instrumento.

La no-discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico, general y fundamental relativo a la protección internacional de los derechos humanos.⁷ Así, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la Declaración Americana) en su Preámbulo, parte de la premisa que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos". En la Carta de la OEA, los Estados miembros proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.⁸ La Convención Americana señala lo siguiente:

⁶ Corte I.D.H., Medidas provisionales respecto de Venezuela, Resolución del 4 de mayo de 2004. Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 61; Corte I.D.H., Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C No. 102, párr 60 y Corte I.D.H., Caso Bulacio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 117.

⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 8, No discriminación, párr. 1.

⁸ Carta OEA, Artículo 3 inciso I. Ver asimismo el artículo 45 (Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (...)

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

La Comisión Interamericana ha indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental⁹ del sistema de protección de los derechos humanos instaurado por la OEA.¹⁰ Como reafirmación de este principio, la Carta Democrática Interamericana señala en su Preámbulo que la Declaración Americana y la Convención Americana contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia. En particular, el artículo 9 de la Carta Democrática indica que:

La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.

El régimen internacional de derechos humanos ha sido creado y funciona sobre la premisa básica de la igualdad entre todos los seres humanos, por lo que todas las discriminaciones se encuentran precluidas del mismo. Los principios de no discriminación y de igual protección de la ley sirven como bases fundamentales de los principales instrumentos normativos del sistema internacional de protección de los derechos humanos.¹¹ La Corte Interamericana ha entendido que

En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico¹²

En definitiva, la igualdad y la no-discriminación revisten un carácter de principio fundamental que subyace en todo el sistema internacional de los derechos humanos. Su negación implicaría la negación misma de este sistema en su totalidad. Tal es la magnitud de este principio fundamental

...continuación

derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica) (El resaltado nos pertenece).

⁹ CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 144 (1997), párr.36.

¹⁰ CIDH. Consideraciones sobre la Compatibilidad de las Medidas de Acción Afirmativa Concebidas para Promover la Participación Política de la Mujer con los Principios de Igualdad y No Discriminación, Sección A, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, Capítulo VI (en adelante CIDH, Consideraciones sobre la Compatibilidad).

¹¹ Ídem.

¹² Corte I.D.H. *Yatama vs. Nicaragua*, Serie C No 127, (23 de junio de 2005), párr. 184.

que una reserva al mismo sería contraria al objeto y fin de los tratados respectivos y por ende inválida.¹³

Es desde esta perspectiva que debe analizarse el caso Juana Olin vs. Iberolandia. En particular, las cuestiones debatidas en el caso implican dilucidar si Iberolandia estaba obligada a adoptar una política de acción afirmativa para superar una situación de disparidad social y discriminación estructural como la que se vive en el país. En caso afirmativo, debe analizarse si las acciones afirmativas adoptadas son compatibles con el principio de igualdad y no discriminación. Asimismo debe analizarse si las acciones adoptadas por las autoridades tanto de Iberolandia como las de Rivera del Norte son suficientes para satisfacer el deber de garantía de igualdad y no discriminación

2.1. ¿Cuáles son las obligaciones de los Estados frente a diferencias estructurales? Y en particular, ¿Existe una obligación de acción afirmativa frente a una discriminación estructural?

La Comisión ha demandado a Iberolandia por violación del artículo 24 en conjunción con el artículo 1.1 de la Convención Americana. La Comisión podría argumentar que la conducta de las autoridades de Rivera del Norte cuyas acciones y omisiones generan responsabilidad internacional a Iberolandia, tal como se desarrollará en la sección correspondiente al artículo 28, fueron discriminatorias en diferentes aspectos. En primer lugar, por no haber adoptado las políticas de acción afirmativa que eran necesarias en una sociedad con profundas diferencias raciales. En segundo lugar, por permitir la existencia de una discriminación estructural en perjuicio de afro-iberolandeses, incluida Juana Olin. Finalmente, en tercer lugar, por haber dado prevalencia al requisito de la entrevista oral para decidir qué candidatos eran seleccionados cuando tal era el requisito más subjetivo y que permitía encubrir una práctica prejuiciosa.

El análisis de las normas convencionales no puede separarse del contexto en el que opera. Como ha indicado un juez de la Corte Interamericana:

La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables¹⁴.

En este sentido, la realidad de Iberolandia y en particular la de Rivera del Norte no solamente permitía sino que exigía la adopción de políticas de acción afirmativa en el ingreso a la universidad como una forma posible de dar cumplimiento al principio de igualdad y no discriminación en favor de Juana Olin. Existen ciertas desigualdades de hecho, como las presentes en Rivera del Norte con respecto a los afro-iberolandeses que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe el principio de no-discriminación. En realidad, como ha dicho la Comisión, la distinción es necesaria para hacer justicia o proteger a personas que requieren la aplicación de medidas especiales¹⁵. Al no hacerlo, se violó el derecho a la igualdad y no discriminación de Juana Olin.

¹³ Cecilia Medina, Toward a more effective guarantee of the enjoyment of human rights by women in the Inter-American system, en Cook, Human Rights of Women, pág. 268-269. (traducción propia)

¹⁴ Corte I.D.H., El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 23.

¹⁵ CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001, párr.31.

La Corte ha endosado expresamente la importancia de la adopción de medidas de acción afirmativa expresando:

Al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido de que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.”¹⁶

No toda diferencia de trato es discriminatoria, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes, tales como las disparidades existentes particularmente en Rivera del Norte, y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma. Es importante reafirmar que esas distinciones no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana¹⁷. La Ley 768 era una medida adecuada en este sentido y debió ser implementada en favor de Juana Olin.

La Corte expresamente ha reconocido puntos de partida diferentes o experiencias particulares de diversos grupos. En este sentido, la Corte requiere que frente a ciertas situaciones se tomen medidas diferenciadas a fin de garantizar la igualdad. Así por ejemplo, ha indicado que “el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los intereses de los propios intereses”¹⁸.

En particular la Corte entendió que

Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”¹⁹.

En este sentido, la desigualdad real de los afro-iberolandeses en general y de Juana Olin en particular, obligaba a adoptar medidas de acción afirmativa tales como garantizar el acceso igualitario a la educación superior. Si bien es cierto que es un fin legítimo el establecimiento de un número limitado de vacantes a las universidades para asegurar educación de alta calidad, no puede dicho fin justificar actitudes discriminatorias. En su opinión consultiva OC-18/03 la Corte señaló que “(l)os Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas”²⁰. Por lo tanto, al haber establecido el cupo de 250 estudiantes y no admitir a Juana Olin, se desconocieron los diferentes puntos de partida y la

¹⁶ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 89.

¹⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 57.

¹⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Serie A No. 16, párr. 119.

¹⁹ Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bossico*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141.

²⁰ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 172.

discriminación estructural de la que fue víctima y se violaron los requisitos del artículo 24 en relación con el artículo 1(1) de la Convención.

Desde esta perspectiva, no es posible sostener que las medidas de acción afirmativa que buscan remediar situaciones estructurales de discriminación o ser remedios por prácticas discriminatorias puedan estar sujetas al mismo criterio estricto de diferencias basadas en la raza o el sexo a fin de perjudicar a ciertos grupos raciales o sexuales pero no beneficiarlos. En este sentido no puede sostenerse que la Convención Americana es un impedimento para la adopción de políticas como la Ley 678, que precisamente están adoptadas para promover la igualdad y no para perpetuar o profundizar la discriminación.

Por otra parte, el artículo 29 de la Convención impide limitar el alcance que puedan tener otros instrumentos internacionales. En este sentido, tanto el artículo 4.1²¹ de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de discriminación contra la Mujer y los artículos 1.4²² y 2.2²³ de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial permiten expresamente la adopción de estas medidas.

El Estado puede simplemente argumentar que la Comisión no logra demostrar que en el caso concreto se haya discriminado en contra de Juana Olin. Los datos del caso no ofrecen ningún elemento que permita sostener que Juana no fue admitida en la universidad por razón de su condición de afro-iberolandesa. El Comité de Derechos Humanos ha indicado que una ley que es aplicada uniformemente aun cuando tenga un efecto discriminatorio no es violatoria del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), similar al artículo 24 de la Convención²⁴. Aquí la Universidad de Rivera aplicó los mismos criterios a todos los postulantes y no es posible sostener que se aplicó de manera diferenciada en perjuicio de Juana Olin.

Los datos del caso, sin perjuicio de las lamentables disparidades que vive Iberolandia y que el Gobierno del Presidente Acheve está procurando revertir no sirven para demostrar que Juana Olin individualmente haya sido víctima de discriminación alguna. La jurisprudencia ha sostenido que la simple demostración de estadísticas sobre ciertas disparidades no es suficiente para probar que

²¹ 1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. Convención para la Eliminación de Todas las formas de discriminación contra la Mujer, art. 4.1

²² 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. Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, art. 1.4

²³ 2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron. Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, art. 2.2

²⁴ Comité de Derechos Humanos, PPC v. Países Bajos, Comunicación No. 212-1986 (1988), parr. 6.2.

existe discriminación en un caso concreto, por lo que es indispensable aportar prueba concreta con relación al caso particular de que se trata²⁵.

El artículo 1.1 de la Convención Americana reconoce de modo no taxativo algunos criterios prohibidos de discriminación²⁶, entre ellos menciona la raza,²⁷ el color y el sexo²⁸. Las distinciones basadas en los factores prohibidos explícitamente en la Convención Americana, incluidas las de raza y color deben estar sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto. Dentro de los motivos prohibidos de discriminación existen algunos que revisten particular gravedad, y que presentan *prima facie* un caso de discriminación, al menos en lo referido a que los miembros de los grupos que son tratados de modo diferente se encuentran en situaciones análogas. La discriminación por motivos de raza y sexo se encuentran entre esas categorías de sospecha.²⁹ Los Estados, a fin de que dichas distinciones no sean consideradas discriminatorias, deben demostrar un interés particularmente importante o una necesidad social imperiosa y una estricta justificación de la distinción, a la par de demostrar que la medida utilizada es la menos restrictiva.³⁰ A diferencia

²⁵ CIDH, Resolución N° 23/89, caso 10.031, Estados Unidos, 28 de septiembre de 1989, párr. 41 y 45.

²⁶ El Juez Piza en su voto separado en la Opinión Consultiva OC-4 sostuvo que el carácter no taxativo de esta enumeración encuentra su sustento en el propio lenguaje de la Convención que utiliza en español (sin discriminación alguna), portugués (*sem discriminação alguma*), inglés (*without any discrimination*) y francés (*sans distinction aucune*), cit, párr. 12.

²⁷ CIDH, *William Andrews contra Estados Unidos*, Caso 11.139, Informe No. 57/96, 6 de diciembre de 1996, párr. 174, Informe No. 37/02, Petición 12.001, Simone André Diniz, Brasil, 9 de octubre de 2002 (admisibilidad).

²⁸ CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra contra Guatemala*, Caso 11.625, Informe No. 4/01, 19 de enero de 2001; CIDH, *María da Penha Maia Fernandes contra Brasil*, Caso 12.051, Informe No. 54/01, 16 de abril de 2001, párr. 2, 51 y 56, *María Merciadri de Morini contra Argentina*, Caso 11.307, Informe No. 103/01 (solución amistosa); CIDH, *María Mamérita Mestanza Chávez contra Perú*, Caso 12.191, Informe No. 66/00 (admisibilidad), 3 de octubre de 2000, Informe No. 73/01, Caso 12.350, Bolivia, de 10 de octubre de 2001 (admisibilidad), Informe No. 51/02, Petición 12.404, Janet Espinoza Feria y otros, Perú, 10 de octubre de 2002 (admisibilidad), y Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, cit, párr. 67.

²⁹ Corte EDH, Caso *East African Asians v United Kingdom*, 3 EHRR 76 (1976),; Caso *Abdulaziz*, Sentencia de 1985, Serie A No. 94; Caso *Inze v Austria*, Sentencia de 1987, Serie A no. 126.

³⁰ Numerosos tribunales internacionales y nacionales han impuesto a los gobiernos una carga redoblada de justificación de distinciones o clasificaciones basadas en factores como la nacionalidad, la raza, el color o el sexo. Véase, por ejemplo, CIDH, Informe N° 4/01 María Eugenia Morales de Sierra, Caso 11.625 (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 36 (Las distinciones legales basadas en criterios vinculados a condiciones tales como la raza o el sexo, exigen un escrutinio más intenso), Corte Europea de Derechos Humanos, *Abdulaziz vs. Reino Unido*, Sentencia del 28 de mayo de 1985, Ser. A. N° 94, párrafo 79 ("el impulso a la igualdad entre los sexos es hoy día una meta primordial de los Estados miembros del Consejo de Europa. Esto significa que deberán exponerse razones de sumo peso para que pueda considerarse que una diferencia de tratamiento basada en el sexo es compatible con la Convención") y *Gaygusuz v. Austria*, Sentencia del 16 de septiembre de 1996, Reports 1996-IV 1129, párrafo 42 ("deberán exponerse razones de sumo peso para que pueda considerarse que una diferencia de tratamiento basada exclusivamente en motivos de nacionalidad es compatible con la Convención). Suprema Corte de Justicia (Argentina), *Repetto, Inés*, 8 de noviembre de 1988, Jueces Petracchi y Baqué, párrafo 6 (toda distinción entre nacionales y extranjeros, con respecto al goce de los derechos reconocidos en la Constitución argentina, "se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad" y, por consiguiente cualquiera que sostenga la legitimidad de la distinción "debe acreditar la existencia de un 'interés estatal urgente' para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea 'razonable'." Corte Suprema de Estados Unidos; *Palmore vs. Sidoti*, 4666 US 429 (1984) (las clasificaciones raciales "están sujetas al escrutinio más exhaustivo y para salvar la exigencia constitucional, deben justificarse en virtud de un interés gubernamental apremiante y deben ser necesarias [...] para la consecución de sus fines legítimos"); *Loving vs. Virginia*, 388 US 1, 87 (1967) (la cláusula sobre igualdad de protección de la Constitución "demanda que las clasificaciones raciales, especialmente en los estatutos penales, deben estar sujetas al escrutinio más riguroso"), Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia 1024 del 3 de mayo de 2000, Magistrado Ponente: José Rafael Tinoco (estableciendo la necesidad de la probanza plena de la justificación, probadamente necesarísima y probadamente eficaz para el objetivo importante, necesario e indispensable; b) la necesidad fundamental cuya realización se hace necesaria de la exigencia de la condición discriminatoria requerida; c) el carácter predictor que tal condición posee para alcanzar ambas necesidades, mediante métodos profesionalmente probados y aceptados; y, d) la imposibilidad de alcanzar los objetivos señalados sin el establecimiento de la condición discriminatoria y la inexistencia de otro medio, vía o condición mediante el cual sería sustancialmente efectivo alcanzar tales objetivos, sin incurrir en la situación discriminatoria prohibida o, menos

del criterio de la razonabilidad explicado, el test estricto presenta elementos de análisis sumamente exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además *imperioso*. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además *necesario*, o sea, que no pueda ser reemplazado por un *medio alternativo menos lesivo*. Adicionalmente, el juicio de proporcionalidad exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores por la medida.³¹ En este sentido, el caso no plantea que la ley 678 o una medida similar en Rivera del Norte superen este test estricto. En efecto, no es posible sostener que existía una necesidad social imperiosa, ni que la imposición de cuotas era imperiosa pero especialmente no demuestra que la separación de cuotas era el medio alternativo menos lesivo frente a los derechos del conjunto de la población. En este sentido, no es posible requerir que la Corte Interamericana se pronuncie por la obligatoriedad de una medida que no se ha demostrado es compatible con la propia Convención Americana.

Así las cosas, las medidas que tengan por objeto compensar previas desventajas sufridas por determinados grupos sociales, en principio, no son contrarias a la igualdad; empero, su validez depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias. No basta la sola condición de pertenencia a un grupo social para predicar la compatibilidad de supuestas medidas protectoras con las normas sobre igualdad y no discriminación. Por el contrario, deben concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias que las justifiquen.³² En la situación presente, la Comisión no ha demostrado que haya justificación que requiera la adopción de medidas de acción afirmativa en Rivera del Norte en favor de Juana Olin.

2.2. ¿Las acciones adoptadas por Iberolandia son suficientes para garantizar igualdad y no discriminación?

Juana Olin aplicó y pasó satisfactoriamente los tres exámenes requeridos para ser admitida en la Universidad de Rivera del Norte. Sin embargo y debido a que la Universidad decidió no aplicar la ley 678 y las políticas de acción afirmativa que prevé, no fue admitida a la Universidad. En este sentido, en tanto mujer y afro-descendiente, puede considerarse que su derecho a no ser discriminada y a igual trato ante la ley fueron violados cuando Rivera del Norte no tomó las medidas apropiadas para remediar de hecho o al menos para reducir o eliminar las conductas que perpetúan la discriminación estructural de la que son víctimas los iberolandeses. En tanto y en cuanto, Rivera del Norte no hace distinciones entre grupos situados diferencialmente como son los iberolandeses blancos y los afro-iberolandeses, iguala a grupos y personas diferentes. Consecuentemente, la omisión del Gobierno de adoptar medidas que garanticen la igualdad de grupos desiguales constituye una discriminación. El Estado estaba en la obligación de adoptar medidas especiales. Lo que implica que en diferentes circunstancias, el Estado debe realizar distinciones a fin de tratar individuos o grupos de individuos de manera igualitaria.³³

...continuación

discriminatoria que la derivada de la condición de igual naturaleza alegada.); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673/01 Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa (La Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio).

³¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673/01 Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

³² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-410/94, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

³³ U.N. Econ. & Soc. Council [ECOSOC], Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Final Report: Prevention of Discrimination, The concept and Practice of Affirmative Action*, ¶ 52, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/21 (June 17, 2002) (prepared by Marc Bossuyt), ver asimismo Corte IDH, caso Yatama v.

La Corte ha dicho que "una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza". En este supuesto, sostuvo la Corte, "la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición"³⁴. En igual sentido, puede entenderse que la omisión de adoptar una legislación necesaria para garantizar el principio de igualdad, en perjuicio de un grupo racial determinado también priva a todo el grupo de igual protección ante la ley. Rivera del Norte, por ende, viola la Convención en perjuicio de Juana Olin al no distinguir entre los afro-iberolandeses y el resto de la población, los cuales se hayan en posiciones diametralmente diferenciadas y sin embargo son tratados sin realizarse las distinciones pertinentes.

El artículo 24 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en la Convención³⁵. En este sentido, abarca también los derechos reconocidos en la propia Constitución de Iberolandia, así como en otras convenciones de derechos humanos de las cuales el Estado sea parte, como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (en adelante Protocolo de San Salvador o Protocolo). El artículo 5 de la Convención Internacional contra la Discriminación Racial dispone puntualmente

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

v) El derecho a la educación y la formación profesional;

La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer requiere en su artículo 10 que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;

b) Acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad;

d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios;

f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente;

...continuación

Nicaragua, párr. 185, sentencia de 23 de junio de 2005.

³⁴ Corte I.D.H., Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva, OC-14-94 del 9 de diciembre de 1994, (Ser. A) No. 14 (1994), párr. 43.

³⁵ Human Rights Committee, General Comment 18, Non-discrimination (Thirty-seventh session, 1989), par. 12. Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 26 (1994).

El artículo 24 leído conjuntamente con las obligaciones emergentes de las Convenciones contra la Discriminación contra la Mujer y contra la discriminación Racial exigen la prevención de cualquier discriminación que hubiese podido sufrir Juana Olin, eliminar las discriminaciones que haya sufrido y adoptar las medidas necesarias, incluidas las acciones afirmativas pertinentes para que Juana Olin pueda gozar de manera igualitaria su derecho a la educación. Ninguna de estas medidas fueron adoptadas por las autoridades de Rivera del Norte. La adopción de la ley 678 si bien es un paso en la dirección correcta no tuvo eficacia en el caso de Juana Olin por la negativa de las autoridades provinciales de Rivera del Norte a aplicarla.

El Estado puede argumentar que Juana Olin no fue discriminada por las autoridades de Rivera del Norte y mucho menos por las de Iberolandia. Por el contrario, en años recientes, Iberolandia ha tomado medidas extraordinarias para abordar el problema de la discriminación por raza y género existentes en el país que exceden incluso lo que era requerido por la propia Convención Americana. Entre ellas pueden mencionarse no solamente el hecho histórico de la elección del primer Presidente afro-americano en el país, sino también la modificación o derogación de disposiciones legales que son discriminatorias a primera vista y la aprobación de leyes y políticas destinadas a tratar el problema de la discriminación de hecho. Específicamente, el Gobierno del Presidente Acheve adoptó una serie de políticas, incentivos y programas para lograr una mayor igualdad entre los distintos sectores raciales. Estas medidas han favorecido a la población Iberolandesa en general, a través de la disminución de las tasas de mortalidad infantil, malnutrición, desempleo y analfabetismo entre los afro-iberolandeses. Paralelamente, han aumentado el nivel de ingreso salarial y el acceso a servicios básicos. Esto favoreció también puntualmente a Juana Olin y su familia. Toda la familia goza gratuitamente del servicio federal de salud, el padre obtuvo un crédito a bajos intereses y Juana OLIN recibió becas del Gobierno nacional para completar sus estudios secundarios siendo la primera en su familia. Difícilmente pueda sostenerse que se ha discriminado en contra de Juana Olin o su familia.

Iberolandia no ha violado el principio de igualdad y no discriminación en perjuicio de Juana Olin. El Estado ha realizado acciones concretas que la han beneficiado personalmente y adoptado políticas generales que favorecen al conjunto de la población afro-iberolandesa a la que pertenece Juana Olin. La Corte ha interpretado que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad”³⁶. En este sentido, no puede considerarse que el simple hecho de no haber sido seleccionada para ingresar a una de las universidades públicas de Iberolandia signifique que haya sido considerada “inferior”, que haya sido tratada con “hostilidad” o que se le haya desconocido el goce de ciertos derechos que se reconocen a quienes no se consideran inferiores. En efecto, Juana Olin no ha sido la única persona, blanca o negra que no fue admitida en la Universidad de Rivera del Norte. Fueron 137 postulantes y no hay ningún elemento en el caso que demuestre que Juana fue tratada de manera diferenciada al resto de los candidatos por el hecho de ser mujer o afro-iberolandesa.

En la Opinión Consultiva OC-4/84, la Corte interpreta que no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que

³⁶ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (OC-4/ 84)*, 14 de enero de 1984, Ser. A No 4 (1984), párr. 55.

exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma. Es importante reafirmar que esas distinciones no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana (párr. 57).

La adopción de la ley 678 es la mejor muestra del esfuerzo seguido por el gobierno del Presidente Acheve para asegurar la plena igualdad de los afro-iberolandeses. Desde su adopción la población estudiantil afro-iberolandesa creció entre un 150 y un 300%. No hay posibilidad de sostener que el principio de igualdad y no discriminación exigía mayores esfuerzos por parte del Gobierno y por consecuencia no puede exigirse su responsabilidad internacional.

Finalmente, debe entenderse que el motivo principal por el que Juana Olin no estudia en una universidad no se debe a que Rivera del Norte no adoptó una política de acción afirmativa. Por el contrario, se debe a que Juana Olin, por motivos entendibles no desea alejarse de Rivera del Norte. Si la universidad de su provincia fuese la única existente en el país, podría sostenerse que habría una situación de discriminación. Pero no existe un derecho a ser admitida en una universidad en particular sino a no ser discriminada por el sistema educativo en general. En este sentido, los datos presentes en el caso demuestran que muy por el contrario de lo argumentado por la Comisión, la situación en Iberolandia es de promoción de la igualdad y no de discriminación.

2.3. ¿Cumplen los criterios utilizados para la admisión con la obligación de garantizar igualdad y no discriminación? En particular, ¿Resulta la utilización de la entrevista oral un recurso admisible en el caso?

La Comisión puede argumentar que las autoridades de Rivera del Norte le han dado prevalencia al requisito de la entrevista oral para decidir qué candidatos eran seleccionados cuando tal era el requisito más subjetivo y que permitía encubrir una práctica prejuiciosa. La Corte Interamericana ya ha considerado violatoria del principio de igualdad las prácticas discrecionales de autoridades estatales al indicar que

la ley no debe otorgar una discrecionalidad amplia al funcionario del Estado que los aplica, porque de ser así se crearía un espacio para la aparición de actos discriminatorios³⁷.

En este sentido, Juana Olin fue discriminada por cuanto a pesar de haber pasado los tres requisitos se sobrevaloró la entrevista oral, lo cual le permitió a las autoridades de la universidad una aplicación discrecional, subjetiva y en conclusión discriminatoria.

El Estado, por su parte, puede sostener que Juana Olin no ingresó a la universidad de Rivera del Norte porque fue discriminada, porque se presentó una situación contraria a la justicia, la razón o la naturaleza de las cosas o por motivos arbitrarios, caprichosos, despóticos o que repugnen a la esencial unidad y dignidad humana. Por el contrario, la Universidad de Rivera del Norte aplicó un criterio uniforme a todos los postulantes y no dio un privilegio a ningún grupo por su origen racial o el color de su piel. La Universidad de Rivera del Norte actuó con razonabilidad al aplicar tres criterios de admisión, es decir reunir un mínimo en cuanto a notas académicas, examen y entrevista personal. Y persiguió un fin legítimo, es decir, asegurar una enseñanza de calidad limitando el número de estudiantes ingresantes a 250. El medio utilizado, la reducción a 250

³⁷ Corte IDH, Caso Yean y Bossico. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 191.

postulantes y un método de selección objetivo como el indicado, resulta de esta manera razonable y proporcionado.

En particular, el Estado puede argumentar que la Universidad, ha conducido de manera equitativa la revisión de todas las candidaturas y postulaciones. Luego de una rigurosa evaluación personalizada de cada candidato, ha realizado una selección. Juana Olin no estuvo entre las seleccionadas, pero esto no significa que haya sido discriminada. Mucho menos que los órganos del sistema interamericano estén habilitados para hacer una revisión de los postulantes a una universidad y las decisiones que adoptan las autoridades universitarias. Como ha señalado la Corte Interamericana:

En este sentido, la Corte considera que no tiene competencia para reemplazar al juez nacional para decidir si las circunstancias en que se absolvió a unos y se condenó a otros eran exactamente iguales y merecían el mismo tratamiento, y que, por lo tanto, no ha sido suficientemente acreditada la existencia de una violación del artículo 24 de la Convención³⁸.

En sentido similar, la Corte no puede reemplazar a las autoridades universitarias nacionales para determinar si Juana Olin estaba mejor calificada para ser admitida en la Universidad de Rivera del Norte. No hay ningún elemento en los hechos del caso que tiendan a demostrar que en la evaluación realizada por las autoridades universitarias de Rivera del Norte se haya actuado de manera discriminatoria.

2.4. ¿Es admisible exigirle a la Corte que se ordene la adopción del sistema de cuotas como el modelo de acción afirmativa aplicable al caso?

La Comisión puede sostener que la ley 678 constituía una medida de acción afirmativa adecuada y compatible con las obligaciones internacionales de Iberolandia y que debía ser implementada por Rivera del Norte a fin de garantizar el principio de igualdad de Juana Olin.

- 1) La acción afirmativa estaba justificada para remediar tanto injusticias tradicionales como situaciones de discriminación estructural. No solamente para compensar por los siglos de esclavitud, sino que particularmente en el caso de Rivera del Norte se implementó un sistema de educación segregada, la forma en que se financia la educación crea una situación en la que las escuelas mayoritariamente atendidas por afro-iberolandeses carecen de elementos básicos tales como número suficiente de maestros. Consecuentemente, los estudiantes egresados de estas escuelas nunca compiten de manera igualitaria con los egresados de escuelas privilegiadas económicamente. Además la ley 678 promovía un cuerpo estudiantil diverso que es fundamental para la educación superior³⁹.
- 2) La implementación de un sistema de cuotas era de carácter temporal tal como lo establecía la ley 678 y lo requieren tanto la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
- 3) La acción afirmativa era razonable y proporcional. De hecho, exigía en primer lugar que los afro-iberolandeses para calificar para el 20% de cupos reservados superaran todos los requisitos mínimos exigidos. Además, el porcentaje de reserva era inferior al porcentaje de afro-iberolandeses en la población total. Al menos en una oportunidad, la Comisión ha entendido de manera expresa y en otra de manera

³⁸ Corte I.D.H., Caso De la Cruz Flores. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115. parr. 115.

³⁹ Ver Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

implícita que el establecimiento de cuotas es compatible con la Convención Americana⁴⁰

El argumento del Estado puede ser el de insistir en que la Comisión está solicitando una forma específica de remedio: las cuotas. Y el derecho internacional y comparado muestra que no existe un derecho a un modelo específico de acción afirmativa, como el consistente en un sistema de cuotas. Tan es así que en el Sistema Europeo fue rechazada esta opción. Al ser una de las formas más cuestionadas de acción afirmativa, no puede ser exigida a través de los órganos del Sistema Interamericano. Estas medidas constituyen las más controversiales de todas en el sentido de que favorecen a un individuo de un grupo desprivilegiado frente a individuos de otros grupos igualmente calificados. De hecho, la Corte de Justicia Europea ha sostenido que el establecimiento de cuotas o preferencias automáticas es violatorio de las disposiciones regionales europeas pertinentes⁴¹.

3. ARTÍCULO 7 EN CONEXIÓN CON LOS ARTÍCULOS 6.A Y 9 DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, ERRADICAR Y SANCIONAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Convención de Belém do Pará) reconoce la vinculación crucial entre el derecho a ser libre de la discriminación y el reconocimiento de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho a ser libre de violencia basada en género. La normatividad relevante es la siguiente:

Artículo 6. El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

CAPÍTULO III. DEBERES DE LOS ESTADOS

Artículo 7. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

⁴⁰ Ver Consideraciones sobre la compatibilidad e Informe N° 103/01, Caso 11.307, María Merciadri De Morini, Argentina, 11 de octubre de 2001.

⁴¹ TJCE 1995/172, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Pleno), de 17 de Octubre de 1995, Ponente: Paul J. G. Kapteyn.

- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Artículo 9. Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

Como se observa, Juana Olin estaba protegida de no ser discriminada por la Convención de Belém do Pará.

3.1 ¿Es la discriminación un asunto de violencia contra la mujer cubierto por la Convención de Belém do Pará?

La Comisión debe responder que sí, que la no-discriminación es un elemento esencial de la Convención de Belém do Pará tal como surge expresamente de su artículo 6 inciso a. En su informe de 1998 sobre la Condición de la Mujer en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que la expresión “discriminación contra la mujer” contenida en la Convención de Belém do Pará, se refiere a “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales...” La definición cubre toda diferencia de tratamiento por razón de sexo que: a) de manera intencional o no intencional, ponga a la mujer en desventaja; b) impida el reconocimiento, por toda la sociedad, de los derechos de la mujer en las esferas públicas y privadas; o, c) impida que la mujer ejerza sus derechos. La Comisión agrega que la Convención requiere que los Estados partes adopten e implementen “por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”, que incluye el deber de “abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación”, así como el deber de adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, “para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer” (art. 2 de la “Convención de Belém do Pará”).

El Estado podría argumentar que sí está cubierta por la Convención de Belém do Pará pero siempre y cuando se demuestra que existe discriminación, situación que no ha sucedido en el presente caso. Por ello, todas las obligaciones emergentes de la Convención de Belém do Pará no son aplicables si el principio básico, la existencia de discriminación, no se configura tal como se explicó en la sección anterior. Además no se puede perder de vista, como ha indicado la Comisión, que principalmente la Convención de Belém do Pará es un instrumento esencial que refleja los grandes esfuerzos realizados a fin de encontrar medidas concretas para proteger el derecho de las mujeres a una vida libre de agresiones y violencia, tanto dentro como fuera de su hogar y núcleo familiar⁴².

⁴² CIDH, Informe N° 54/01, Admisibilidad y Fondo, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes (Brasil), párr. 53.

También en cuanto al examen de la interrelación entre la violencia y la discriminación basadas en el género, es importante señalar que la definición de discriminación establecida en la convención de las Naciones Unidas se aplica a la violencia basada en el género. La discriminación comprende:

Actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia.⁴³

3.2 ¿Cuáles son las obligaciones emergentes en relación con la condición de mujer afro-iberolandesa? En particular, ¿Cumplen las medidas adoptadas por Iberolandia con el estándar de la debida diligencia señalado por la Convención de Belém do Pará?

En virtud del carácter pernicioso de la violencia y discriminación basada en el género, y de los efectos de la impunidad en que generalmente queda inmersa esa violación de derechos, la obligación clave de los Estados parte en la Convención de Belém do Pará consiste en actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar esa violencia, independientemente de que la misma tenga lugar en el hogar, la comunidad o la esfera pública. Este principio de debida diligencia está también estrechamente conectado con las normas de la Convención Americana, especialmente las que obligan a los Estados parte --como Iberolandia-- a respetar y garantizar cada uno de los derechos protegidos, y a dispensar protección y garantías judiciales eficaces.

La Comisión podría argumentar que la Convención de Belém do Pará se hace cargo de una situación prevalente en Iberolandia y en Rivera del Norte. Esto es dos o más motivos de discriminación se encuentran presentes. Esta situación de intersección de la discriminación motivada en dos o más factores no ha pasado por alto y ha sido destacada como particularmente problemática por distintos órganos internacionales⁴⁴. Las obligaciones emergentes de la Convención de Belém do Pará que Iberolandia ha asumido conllevan el deber de adaptar la legislación y las prácticas nacionales para que cumplan con las normas aplicables, incluyendo el derecho de la mujer en general y Juana Olin en particular a vivir libre de discriminación.

En particular, la Convención de Belém do Pará reconoce la vulnerabilidad de las mujeres e impone a los Estados partes, como Iberolandia, la obligación de condenar, prevenir, sancionar y erradicar cualquier forma de discriminación. En especial impone una obligación adicional si la mujer sufre discriminación no sólo por su condición de tal sino por su raza o color (artículo 9). En este sentido, Iberolandia estaba obligada a realizar -y no lo hizo- los esfuerzos necesarios para evitar que Juana Olin sufriese una doble discriminación en virtud de su calidad de mujer y afro-iberolandesa. Los datos del caso, particularmente el escaso número de graduadas y profesoras universitarias iberolandesas demuestran que la situación de la mujer afro-iberolandesa era particularmente grave y requería de medidas especiales que no se satisfacían con políticas neutras de admisión a las universidades. El artículo 7 de la Convención de Belém es claro en requerir que los Estados adopten “por todos los medios apropiados y sin dilaciones políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”. Como se señaló, la discriminación es considerada

⁴³ Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 19 (11º período de sesiones, 1992) “La violencia contra la mujer”, párrafo 6.

⁴⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 28, párr. 30 (La discriminación contra la mujer suele estar íntimamente vinculada con la discriminación por otros motivos como la raza, el color, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social), CERD, Recomendación general XXV, Dimensiones de Género relacionadas con la discriminación racial.

una forma de violencia y por ende queda cubierta por esta obligación. En particular, el artículo 7 en sus diferentes incisos incluye tres principios básicos que orientan toda la Convención y que no fueron cumplidos por Iberolandia y en particular por las autoridades universitarias de Rivera del Norte: en primer lugar, no dieron eficacia a la Convención de Belém do Pará (e.g. artículo 7 incisos f, g y h), en segundo lugar, no actuaron con la debida diligencia para dar cumplimiento a las obligaciones convencionales (e.g. artículo 7 inciso b) y finalmente no adoptaron las medidas necesarias para prevenir la ocurrencia de la discriminación en contra de Juana Olin, reparar dicha discriminación y particularmente modificar las prácticas jurídicas y consuetudinarias que respaldan la permanencia y tolerancia de la discriminación contra las mujeres afro-iberolandesas, incluyendo a Juana Olin (artículo 7 incisos b, c, d y e).

El Estado puede argumentar que Iberolandia cumplió con todas y cada una de las obligaciones emergentes de la Convención de Belém do Pará. En efecto, conciente de la doble discriminación que las mujeres afro-iberolandesas sufren por motivo de su género y de su raza (artículo 9 de la Convención de Belém do Pará), adoptó una serie de medidas tendientes a mejorar su situación. Las obligaciones emergentes de la Convención de Belém do Pará contenidas en el artículo 7 parten de la premisa de la debida diligencia con la que deben actuar los Estados. Esta debida diligencia exige que el Estado adopte políticas firmes, concientes y deliberadas para eliminar las discriminaciones estructurales de las que son víctimas las mujeres afro-iberolandesas. Tal como se señaló en los párrafos precedentes, Iberolandia actuó de manera razonable y excediendo las obligaciones que le imponían las normas internacionales, incluidas las de la Convención de Belém do Pará.

En este sentido, debe tenerse particularmente en cuenta lo sostenido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su Observación General N° XXV. Allí sostuvo que al analizar la relación entre la discriminación por razón de sexo y la discriminación racial tendría en cuenta

- a) La forma y manifestación de la discriminación racial;
- b) Las circunstancias en que se produce la discriminación racial;
- c) Las consecuencias de la discriminación racial; y
- d) La disponibilidad y accesibilidad de los remedios y mecanismos de denuncia en casos de discriminación racial.

En el presente caso, como se ha desarrollado en los párrafos precedentes, no ha habido discriminación racial particularizada en contra de Juana Olin y de hecho, ella ha tenido la posibilidad de accionar todos los recursos jurídicos existentes llegando incluso hasta la Corte Suprema. De modo que los elementos esenciales para establecer la doble discriminación y por ende la posible violación de las obligaciones de la Convención de Belém do Pará no se hayan presentes.

4. ARTÍCULO 13 DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

En su demanda ante la Corte, la Comisión alega la violación del artículo 13 del “Protocolo de San Salvador” en perjuicio de Juana Olin. Este artículo dispone lo siguiente:

Artículo 13. Derecho a la Educación

1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para

participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

- a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.

5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.

Los estándares que corresponden al caso se relacionan con el acceso igualitario al sistema de educación superior y el contenido y alcance del derecho a la educación superior. El problema jurídico, en términos del derecho a la educación, se formula de la siguiente manera: ¿se vulnera el artículo 13 precitado si no existe una política pública educativa basada en la acción afirmativa para permitir el acceso en igualdad de oportunidades de una persona perteneciente a una minoría étnica? ¿En qué términos existe la posibilidad de exigir la adopción de políticas sociales específicas a través del sistema de casos contenciosos? ¿En qué términos podría ser justiciable en el sistema interamericano una política social cuya focalización de recursos o focalización en el recaudo de impuestos resulta discriminatoria?

Las consideraciones que cada equipo elabore en relación con el artículo 13 del Protocolo se subordinan a los argumentos en torno a los artículos 24 y 1(1) de la Convención en cuanto al acceso igualitario al sistema de educación superior. Asimismo, algunos estándares correspondientes al artículo 13 se pueden utilizar para interpretar los artículos 24 y 1(1). También es posible que se elabore una lectura conjunta de los artículos 24, 13 y 1(1).

La doctrina del Comité DESC permite afirmar que tanto los derechos civiles como los derechos sociales involucran un conjunto similar de obligaciones, donde se encuentran obligaciones positivas y negativas. Las diferencias entre ambos tipos de derechos son esencialmente de grado⁴⁵. Solo ello permite una verdadera reivindicación de la interdependencia entre los derechos. Ello explica que sean inadmisibles los argumentos sobre la no exigibilidad judicial de los derechos sociales.

⁴⁵ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 24-25.

La realización del derecho a la educación y, en general, la de todos los derechos sociales, se relaciona con dos posibles enfoques sobre el derecho a la igualdad. En una primera opción, el derecho a la igualdad (formal) aparece como mera igualdad de trato, mientras que en la segunda opción, el derecho a la igualdad (material) se proyecta en la redistribución de poder, de la riqueza y la superación de cierto tipo de jerarquías sociales. Como se verá, el principio de igualdad de oportunidades, en el marco del derecho a la educación, responde a este segundo criterio.

Por otra parte, los derechos económicos, sociales y culturales fijan límites a la discrecionalidad estatal en el manejo de sus políticas públicas (Declaración de Quito⁴⁶, párr. 27). Las obligaciones frente a derechos sociales cobijan gran parte de este tipo de limitación al margen de apreciación estatal sobre redistribución de bienes y cargas. Debe tenerse en cuenta que algunas estrategias de litigio desarrolladas por los equipos pueden relacionarse con:

- La diferencia entre obligaciones con efecto inmediato y las obligaciones de cumplimiento progresivo.
- La diferencia entre un contenido esencial del derecho a la educación y un ámbito sujeto a restricciones.

La primera obligación frente a los derechos sociales se relaciona con la obligación de adoptar medidas inmediatas. Los artículos 1 y 2 del Protocolo de San Salvador establecen esta obligación, pero destacan que su cumplimiento debe tener en cuenta el grado de desarrollo del Estado y resaltan la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter cuando el ejercicio de los derechos establecidos en el Protocolo no esté garantizado en el derecho interno. En este punto, los Principios de Limburgo⁴⁷ precisan que todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar **de inmediato** a adoptar medidas que persigan la plena realización de los derechos reconocidos en el PIDESC. La expresión “hasta el máximo de los recursos disponibles” que usualmente se encuentra en estas normas, califica la obligación de adoptar medidas inmediatas. Sin embargo, ello no desnaturaliza los compromisos internacionales en torno a los derechos sociales, supeditándolos a una mera decisión presupuestal de cada gobierno. Por el contrario, los Principios de Limburgo (párrafos 25 a 28) señalan que los Estados Partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas. Además, precisan que “los recursos de que disponga” se refieren a los recursos con que cuenta un Estado así como también los recursos provenientes de la comunidad internacional mediante la cooperación y asistencia internacionales. Asimismo, al determinar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto, se tendrá en cuenta el acceso y uso equitativos y eficaces de los recursos disponibles.

Si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales. De allí la importancia de determinar si se han adoptado las medidas adecuadas y si estas se acompañan de la utilización eficaz y equitativa y la oportunidad de acceder a los recursos disponibles. Estas precisiones generales permiten avanzar

⁴⁶ Declaración suscrita el 24 de julio de 1998 por un conjunto de organizaciones no gubernamentales, en relación con la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe.

⁴⁷ “Principios de Limburgo sobre la implementación del PIDESC”, aprobados por un grupo de expertos reunidos en Maastricht del 2 al 6 de junio de 1986. Este documento fue adoptado posteriormente por Naciones Unidas (doc. E/C 4/1987/17).

hacia una distinción más específica: la clasificación entre obligaciones con efecto inmediato y de cumplimiento progresivo.

Las obligaciones con efecto inmediato son aquellas que pueden ser exigidas actualmente, con independencia de los problemas de carácter presupuestal u otro tipo de obstáculos que enfrente un determinado Estado. Según las diversas Observaciones Generales del Comité DESC, constituyen obligaciones inmediatas, entre otras, la obligación de adecuar el marco legal, la obligación de producir y publicitar información y la obligación de proveer recursos judiciales y otros recursos efectivos.

Respecto a la distinción entre un contenido esencial y un ámbito restringible, este Comité, en su Observación General 13⁴⁸, precisa que los Estados tienen la obligación mínima de asegurar la satisfacción de niveles esenciales del derecho a la educación⁴⁹. La Declaración de Quito (párr. 29) precisa que esta obligación rige aún en períodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores. Frente a estos niveles esenciales, las obligaciones de los Estados son de efecto inmediato. En estas situaciones, el Estado debe fijar un orden de prioridades en la utilización de los recursos públicos, identificando a los grupos vulnerables que serán beneficiados a fin de efectuar un eficaz aprovechamiento de la totalidad de los recursos de que disponga. Para el Comité, esta obligación mínima exige garantizar los niveles esenciales del derecho a la educación (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad) y, en este marco, la obligación de velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna. Debe anotarse que es un debate abierto el relacionado con la correspondencia entre el contenido esencial de un derecho y su contenido justiciable⁵⁰.

En relación con las obligaciones de cumplimiento progresivo, según el Principio de Limburgo No 72, un Estado Parte viola los derechos económicos, sociales y culturales si, por ejemplo, no adopta una medida exigida por el Pacto; no remueve, a la mayor brevedad posible y cuando debe hacerlo, todos los obstáculos que impiden la realización inmediata de un derecho; no aplica con rapidez un derecho que el Pacto exige; no satisface intencionalmente una norma internacional

⁴⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, Observación General No. 13, 21º período de sesiones, doc. E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 49-57.

⁴⁹ Esta obligación tiene como base los Principios de Limburgo (principio 25) así como la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (párr. 10), Naciones Unidas. Documento E/1991/23. Son diversas las teorías sobre lo que puede entenderse por el contenido esencial de un derecho. En la sentencia SU-225 de 1998, la Corte Constitucional de Colombia señaló que “Los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un doble contenido. En primer lugar, se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante la acción de tutela. En segundo término, se integran de una zona complementaria, que es definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales”. Por su parte, la CIDH ha precisado que “(L)a obligación de los Estados miembros de observar y defender los derechos humanos de los individuos dentro de sus jurisdicciones, (...) los obliga, independientemente del nivel de desarrollo económico, a garantizar un umbral mínimo de esos derechos”. CIDH, Informe Anual 1993, OEA/Ser.L/V/II.85 Doc. 9 re. (1994), p. 524.

⁵⁰ Sobre este punto, Porter señala que “(w)hile this approach (minimum core used to identify particular category of justiciable ESC rights violations) is certainly preferable to one in which justiciability itself is limited to the minimum core content of rights, I would hesitate to accept that the onus should ever be placed on rights claimants to establish unreasonableness of governmental policy decisions, particularly in the context of the obligation to allocate resources among competing demands. While there is invariably some back and forth in the development and filing of evidence in these kinds of claims, it is the government, in the final analysis, which has access to the necessary evidence and must bear the onus of justifying a decision to have allocated resources in a particular manner”. Bruce Porter, “The Crisis of ESC Rights and Strategies for Addressing It”, en John Squires, Malcolm Langford y Bret Thiele (ed), *The Road To A Remedy. Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Australian Human Rights Centre, The University of New South Wales, COHRE, 2005, p. 53.

mínima de realización, generalmente aceptada y para cuya satisfacción está capacitado; o adopta una limitación a un derecho reconocido en el Pacto por vías contrarias al mismo. Como se observa, el deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que éstos no puedan ser vulnerados por omisiones o actuaciones insuficientes del Estado.

En este sentido, la expresión “progresivamente” no puede ser interpretada de tal forma que las obligaciones del PIDESC sólo tengan que cumplirse una vez alcanzado un determinado desarrollo económico. La progresividad debe entenderse como la obligación de proceder lo más explícita y eficazmente posible con miras a obtener ese objetivo, aunque se reconoce que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta gradualidad. Así lo explica el Comité DESC:

“[S]i bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”⁵¹.

Los Principios de Limburgo, párrafos 21 a 24, complementan esta interpretación al señalar que la obligación de “lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos” requiere que los Estados Partes actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad. Al contrario, todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto. Además, la obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos. Requiere de una utilización eficaz de los recursos con los que se dispone.

La obligación de desarrollar progresivamente los derechos sociales implica una **prohibición de regresividad** respecto a los alcances de estos derechos y las políticas públicas respectivas. Los Estados están obligados a mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales a través de medidas que sean deliberadas, concretas y orientadas hacia la plena efectividad de los derechos reconocidos. Por ello, el Estado no puede adoptar políticas, medidas, o normas jurídicas que, de modo irrazonable, empeoren la situación de estos derechos. Sobre el Estado pesa una **carga de la prueba** en relación con las medidas deliberadamente regresivas. Cualquier decisión debe producirse tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y a partir de una debida justificación frente al compromiso de utilizar plenamente el máximo de los recursos disponibles.

En suma, es claro que el principio de no discriminación, en tanto obligación de no hacer – obligación negativa- es una obligación con efecto inmediato exigible actualmente a los Estados y justiciable a través del artículo 24 de la Convención. Sin embargo, los Estados pueden afirmar que si bien el principio de no discriminación es de efecto inmediato, los programas de acción afirmativa son de cumplimiento progresivo.

Ni la Comisión ni la Corte han declarado una violación directa del derecho a la educación en el marco de un caso contencioso. La jurisprudencia interamericana ha involucrado el derecho a la

⁵¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 3 (párr. 2), en Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos: 12/05/2004. HRI/GEN/1/Rev.7.

educación como parte del contenido normativo de derechos como el derecho a la vida, el derecho a la integridad, los derechos del niño, entre otros. Asimismo, construcciones jurisprudenciales sobre el proyecto de vida de las víctimas han permitido reivindicar el derecho a la educación en diversos casos sobre reparaciones. Es relevante para el caso señalar que ni la Comisión ni la Corte se han referido a casos relacionados con el derecho a la educación superior⁵².

La Comisión ha declarado la admisibilidad de casos relacionados con el derecho a la educación consagrado en el Protocolo de San Salvador⁵³, ha impulsado soluciones amistosas⁵⁴ y ha proferido medidas cautelares en amparo de este derecho⁵⁵. Además, en sus Informes sobre países, la Comisión ha recomendado la adopción de ajustes en la política educativa de los Estados Partes⁵⁶ y ha reivindicado la interdependencia e indivisibilidad entre derechos civiles y derechos sociales⁵⁷.

Por su parte, la Corte Interamericana se ha referido al derecho a la educación en casos relacionados con menores de edad y en diversas sentencias sobre reparaciones. En el *Caso de los Niños de la Calle*, la Corte señaló que subyace a los artículos 4 y 19 de la Convención la protección del acceso a condiciones de vida que garanticen una existencia digna, lo cual incluye el acceso a la educación para las niñas y los niños⁵⁸.

⁵² En el derecho comparado existen algunos casos de importancia en relación con el derecho a la educación. En 1996, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos concluyó que Zaire había violado el derecho a la educación al cerrar dos años las escuelas secundarias y las universidades durante un periodo de conflicto armado. Además, se declaró violación porque el gobierno, en forma arbitraria, no había pagado los salarios a los docentes. Ver Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Free Legal Assistance Group, Comité de Juristas para los Derechos Humanos, Union interafricaine des droits de l'homme, Les Témoins de Jehovah v. Zaire*, Comunicaciones 25/89, 47/90, 56/91 y 100/93, Ninth Annual Activity, Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights 1995/96. Otros casos de importancia son *Saburo Ienaga v. The Japanese Government*, Tokyo High Court (1997), sobre la censura y la distorsión —en libros de historia elaborados por el Estado— de hechos históricos relacionados con graves violaciones de derechos humanos durante la Segunda Guerra Mundial; y *Mohini Jain v. State of Karnataka and Others*, de la Corte Suprema de India. Ver asimismo, *Iván José Sánchez y otros v. Universidad Experimental Simón Bolívar*, de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, donde se declaró inconstitucional la imposición de un aporte obligatorio mensual a los estudiantes de una universidad debido a que no se habían respetado el procedimiento constitucional para establecer este tipo de cargas.

⁵³ En una denuncia sobre la situación de adolescentes encarcelados en Sao Paulo, la Comisión profirió un informe de admisibilidad donde se admitió el caso por la violación del artículo 19 de la Convención y el artículo 13 del Protocolo de San Salvador. CIDH, Informe N° 39/02, Admisibilidad, Petición 12.328, Adolescentes en Custodia de la FEBEM, Brasil, 9 de octubre de 2002.

⁵⁴ CIDH, Informe No. 32/02, Petición 12.046, *Mónica Carabaotes Galleguillos*, Solución Amistosa, Chile, 12 de marzo de 2002. Cabe anotar que en este caso no se invocó directamente el derecho a la educación, sin embargo, se relacionaba con la expulsión de una estudiante debido a su condición de embarazo. En la solución amistosa se acordó la concesión de una beca para cursar educación superior.

⁵⁵ En el Caso de las niñas Yean y Bosico, la Comisión otorgó medidas cautelares para evitar que fueran expulsadas de República Dominicana y para que Violeta Bosico no fuera privada del derecho de asistir a clases y de recibir la educación que se brinda a los demás niños de nacionalidad dominicana. CIDH, Informe Anual 1999.

⁵⁶ En su Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, la Comisión recomendó, entre otras cosas, c) tomar medidas adicionales para proporcionar oportunidades educativas y laborales a las personas en prisión preventiva. Además, en este informe se analizó la disparidad en el acceso de la mujer a la educación frente a los hombres, disparidad que se vislumbra en todos los niveles.

⁵⁷ “(...) La violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae aparejada una violación de derechos civiles y políticos. En efecto, una persona que no recibe adecuado acceso a la educación puede ver mermada su posibilidad de participación política o su derecho a la libertad de expresión. (...) Esta situación puede darse en diferentes grados, según la medida de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, pudiendo sostenerse en términos generales que a menor disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, habrá un menor disfrute de los derechos civiles y políticos.” Ver CIDH, Informe sobre Nicaragua, 2001.

⁵⁸ Corte I.D.H., Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

En su *Opinión Consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, la Corte analizó la educación como parte del derecho a una vida digna de los niños, de tal forma que la realización del derecho a la educación hace parte de las medidas especiales de protección de los niños y se encuentra entre los derechos reconocidos a éstos en el Artículo 19, toda vez que esto “favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad”⁵⁹.

Una línea de argumentación similar se encuentra en el *Caso del Instituto de Reeducción del Menor*, donde la Corte analizó la situación de un centro que albergaba, en condiciones inhumanas, a niños infractores de la ley. La Corte declaró que el Estado paraguayo era responsable internacionalmente por la violación a los derechos a la vida y a la dignidad personal en relación con los artículos 1.1 y 19, entre otras violaciones. Es relevante señalar que la Corte consideró que una correcta interpretación de los artículos 4 y 19 de la Convención, debía hacerse a la luz de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Protocolo de San Salvador, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños. Se concluyó entonces que el Estado tiene la obligación de proveerlos de asistencia de salud y de educación, para asegurar que la detención no destruya sus proyectos de vida⁶⁰. La Corte reiteró el papel del derecho a la educación como parte del derecho a un proyecto de vida. Se señalaron entonces las deficiencias de maestros y recursos en los programas educativos disponibles para menores detenidos en circunstancias inaceptables. Debe resaltarse que los representantes de las víctimas solicitaron que se declarara violado el artículo 26 de la Convención sobre desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. La Corte determinó que ello no era procedente y que lo pertinente había sido analizado en las violaciones declaradas.

En el *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, la Corte señaló que la vulnerabilidad generada por la carencia de nacionalidad y personalidad jurídica tuvo como consecuencia que la niña Violeta Bosico, al no contar con su acta de nacimiento, tuviera que estudiar durante un tiempo en una escuela nocturna para mayores de 18 años. La Corte señaló que este hecho agravó su situación de vulnerabilidad toda vez que no recibió la protección especial a que era acreedora como niña, de estudiar en el horario que le era adecuado, en compañía de niños de su edad, y no con personas adultas. Se declaró entonces la violación de los artículos 3 y 18 en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención⁶¹. En este, como en otros casos⁶², la Corte ordenó como reparación que se

⁵⁹ Corte I.D.H., Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 84.

⁶⁰ Corte I.D.H., Caso Instituto de Reeducción del Menor.” Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

⁶¹ Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

⁶² La Corte ha adoptado medidas relacionadas con la garantía del derecho a la educación en muchas de sus órdenes sobre reparaciones. En el Caso Cantoral Benavides, al reparar pecuniariamente el daño al proyecto de vida, la Corte ordenó que al señor Cantoral, quien era estudiante universitario de biología, se le otorgara una beca de estudios superiores o universitarios con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija. En el Caso Aloeboetoe y otros, la Corte ordenó a Suriname que “se ofrezca a los niños una escuela donde puedan recibir una enseñanza adecuada (...). La Corte consideró que, como parte de la indemnización, Suriname está obligado a reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994”. En el Caso Myrna Mack Chang, la Corte ordenó al Estado el otorgamiento de una beca anual con el nombre de Myrna Mack Chang, que cubriera el costo total de un año de antropología en una universidad de prestigio nacional, la cual debe ser otorgada permanentemente todos los años. En el Caso Gómez Paquiyauri también se otorgó, como reparación, una beca de estudios universitarios a la hija del señor Gómez. En el Caso del Instituto de Reeducción del Menor, la Corte ordenó al Estado la implementación de un programa de educación y asistencia vocacional dirigido a los ex internos del centro. En el Caso de la Masacre de Plan de Sánchez, la Corte ordena la adopción de un programa de educación en favor de las víctimas y los habitantes de la aldea y de otras aldeas aledañas afectadas por los hechos, en el plazo de cinco años contados a partir de la publicación de la sentencia. En el Caso de La Cruz Flores, la Corte

garantice el acceso a educación primaria y gratuita de todos los niños, independientemente de su ascendencia u origen.

4.1 La obligación de adoptar un sistema de cupos para el acceso de afrodescendientes, en el caso concreto, ¿es una obligación con efecto inmediato o de cumplimiento progresivo?

La Comisión puede argumentar que el deber de respeto y garantía respecto al artículo 13 del Protocolo de San Salvador exige entender como obligación con efecto inmediato la de acceso con igualdad de oportunidades al sistema educativo. Si para ello, en un caso concreto, se requiere de la adopción de una política de acción afirmativa, debe entenderse que la no adopción de dicha política sin que existan razones admisibles que justifiquen dicha omisión, constituye una violación del precitado artículo.

La Comisión resaltará que esta obligación de garantizar el acceso sin discriminación es incluso inderogable. Las Observaciones Generales 14 (derecho a la salud) y 15 (derecho al agua) del Comité DESC han precisado que no se puede nunca, en ninguna circunstancia, justificar el incumplimiento de los mínimos esenciales⁶³. En este punto, se insistirá en el carácter de *ius cogens* que ha adquirido la prohibición de discriminación en el sistema interamericano, según la Opinión Consultiva No. 18 sobre Trabajadores Migratorios⁶⁴. Este estándar de las últimas dos observaciones del Comité DESC constituye un juicio más estricto al que se estableció en la Observación General No. 3, sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes, cuando se consideró que todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en relación con los niveles esenciales requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga⁶⁵.

Como contra argumentos, el Estado puede alegar que, en relación con la obligación de garantizar los niveles esenciales, tanto los Principios de Limburgo como las Directrices de Maastricht⁶⁶ admiten que en la evaluación del cumplimiento de la obligación de garantizar contenidos mínimos debe considerarse la limitación de recursos, toda vez que las medidas deben tomarse hasta el máximo de recursos de los que se disponga⁶⁷. A su vez, ello permite afirmar que los programas de acción afirmativa sobre educación superior no constituyen una obligación con efecto inmediato y se enmarcan en el desarrollo progresivo que corresponde al derecho a la educación.

El Estado alegará que lo protegido en forma inmediata, y con especial preocupación por parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos, es la educación básica. En

...continuación

ordenó el otorgamiento de una beca de estudios para que la víctima, quien se desempeñaba como médica al momento de su detención, se actualizara y capacitara profesionalmente.

⁶³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, párr. 47; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15.

⁶⁴ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párrs. 102-110. Según la Corte, el principio de igualdad y no discriminación debe considerarse como norma de *ius cogens*, es decir, dicho principio involucra obligaciones imperativas no derogables.

⁶⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, párr. 9.

⁶⁶ Principios de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. Estas directrices fueron elaboradas por un grupo de expertos entre el 22 y el 26 de enero de 1997 y han sido utilizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus observaciones generales y finales.

⁶⁷ Observación General 3, párr. 10, Principios de Limburgo (25-28) y Directrices de Maastricht (10).

efecto, la Observación General 13 del Comité DESC precisa las diferencias entre los estándares de protección de las diversas etapas de enseñanza en los siguientes términos:

19. La tercera diferencia, y la más significativa, entre los apartados b) y c) del párrafo 2 del artículo 13 (del PIDESC) estriba en que, si bien la enseñanza secundaria "debe ser generalizada y hacerse accesible a todos", la enseñanza superior "debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno". Según el apartado c) del párrafo 2 del artículo 13, la enseñanza superior no "debe ser generalizada", sino sólo disponible "sobre la base de la capacidad", capacidad que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual⁶⁸.

(...)

48. A este respecto, es preciso insistir en dos elementos del artículo 13. En primer lugar, está claro que en el artículo 13 se considera que los Estados tienen la principal responsabilidad de la prestación directa de la educación en la mayor parte de las circunstancias; los Estados Partes reconocen, por ejemplo, que "se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza" (apartado e) del párrafo 2 del artículo 13). En segundo lugar, habida cuenta de las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 en lo que respecta a la enseñanza primaria, secundaria, superior y fundamental, los parámetros por los que se mide la obligación del Estado Parte de cumplir (facilitar) no son los mismos para todos los niveles de la enseñanza. En consecuencia, a la luz del texto del Pacto, la obligación de los Estados Partes de cumplir (facilitar) se acrecienta en relación con el derecho a la educación, pero el alcance de esta obligación no es el mismo respecto de todos los niveles de educación. El Comité observa que esta interpretación de la obligación de cumplir (facilitar) respecto del artículo 13 coincide con el derecho y la práctica de numerosos Estados Partes.

(...)

51. Como ya se ha observado, las obligaciones de los Estados Partes respecto de la enseñanza primaria, secundaria, superior y fundamental no son idénticas. Habida cuenta de la redacción del párrafo 2 del artículo 13, los Estados Partes están obligados a dar prioridad a la implantación de la enseñanza primaria, gratuita y obligatoria. Refuerza esta interpretación del párrafo 2 del artículo 13 la prioridad que se da a la enseñanza primaria en el artículo 14. La obligación de proporcionar instrucción primaria a todos es un deber inmediato de todos los Estados Partes.

Asimismo, el Estado puede precisar que entre las violaciones del derecho a la educación, reconocidas por la Observación General, se afirma expresamente la de "implantar, con carácter prioritario, la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos". No se hace mención expresa del derecho a la educación superior. Este silencio se explica en que este último derecho no hace parte del contenido esencial del derecho a la educación.

4.2 ¿En qué términos una política de asignación de recursos y/o focalización en la recaudación de impuestos puede vulnerar el derecho de acceso igualitario al sistema de educación superior?

La Comisión puede argumentar que Iberolandia, además de Rivera del Norte, permitió durante varios años una distribución inequitativa de recursos. Esta distribución generó que los distritos de mayoría blanca contaran con mayores ingresos y, en consecuencia, existiera inequidad en los niveles previos de educación. Frente al caso concreto, ello genera desigualdad en la competencia por los doscientos cincuenta cupos, razón por la cual era necesaria la adopción de medidas que enfrentaran esta desigualdad en los puntos de partida. Además, la desigualdad estructural puede generar menor capacitación y ello genera muchas dificultades para superar los requisitos de acceso al sistema de educación superior. En este punto, privilegiar la entrevista oral deviene problemático y discrimina en el acceso a la universidad, dado que a mayor educación en los niveles básicos se cuenta con una mayor interacción para la entrevista oral.

⁶⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, párr. 19.

En este sentido, si se deja la responsabilidad de financiar la educación a las familias y a las comunidades locales, se ampliará la disparidad entre ricos y pobres. Para romper ese círculo vicioso, los gobiernos tienen que dar prioridad a los fondos destinados a la educación e igualarlos, y aumentar la financiación de profesores y alumnos en situación de pobreza a fin de corregir inconvenientes que deben superar. Esto es precisamente la situación de la que fue víctima Juana Olin debido a la manera en que es financiada la educación pública en Rivera del Norte. En el derecho comparado es relevante para el caso hipotético el conjunto de casos litigados ante tribunales judiciales estatales de los Estados Unidos en relación con la constitucionalidad del financiamiento de la educación a partir de cláusulas constitucionales de los estados⁶⁹. Abramovich y Curtis reseñan que el objeto de litigio se concentraba en la dependencia de gran parte del financiamiento del ciclo de educación obligatorio de impuestos de carácter local (municipal o distrital). Se alega violación del derecho a la igual protección de la ley toda vez que se liga la calidad de la educación recibida por los niños y adolescentes a la riqueza del distrito escolar donde vivan, dado que se carga a los distritos más pobres con un mayor esfuerzo presupuestario para obtener niveles educativos similares a los de los distritos más ricos. Se persigue obtener la declaración de constitucionalidad del plan de financiamiento estadual y obligar a los estados a financiar con recursos estatales un mayor porcentaje de los gastos que conlleva el funcionamiento del sistema educativo. Como señalan dichos autores, la Observación General No. 13 del Comité DESC involucra un estándar de importancia al respecto, al señalar que “las agudas disparidades de las políticas de gastos que tengan como resultado que la calidad de la educación sea distinta para las personas que residen en diferentes lugares pueden constituir una discriminación con arreglo al Pacto”⁷⁰. En el presente caso, es claro que las escuelas atendidas mayoritariamente por afro-iberolandeses carecían de la infraestructura básica, de número suficiente de maestros, entre otras deficiencias.

Además, la Comisión puede alegar que entre los elementos esenciales del derecho a la educación se encuentran la disponibilidad y la calidad. Ambos componentes son vulnerados ante la existencia de una política pública que, a pesar de que es distinta en otras provincias, en Rivera del Norte genera un número insuficiente de maestros en distritos escolares donde la mayoría de niños es afro-descendiente. En este sentido, la falta de equidad de la política de Rivera del Norte resulta violatoria del deber de garantía frente al derecho a la educación.

El Estado puede argumentar que si bien es cierto que existe una distribución inadecuada de recursos, se ha hecho todo lo posible para revertirla, tan es así que Juana Olin ha sido apoyada financieramente, mediante becas, para que complete sus estudios secundarios e, incluso, Juana ha sido la primera en su familia en lograrlo. Por otra parte, y tal como lo señaló la Corte Interamericana en el *Caso Cinco Pensionistas*, en el contexto de un caso individual hay que probar el impacto de esa distribución inequitativa en el caso específico. Si en dicho caso, que contaba con cinco afectados, no fue declarada violación, mucho menos puede ocurrir en este caso, relacionado con una sola persona. Y lo cierto es que Juana Olin superó las tres pruebas exigidas por la universidad, razón por la cual no puede afirmarse que la desigualdad estructural le haya generado una desventaja en el acceso.

⁶⁹ Una sistematización de estos casos se encuentra en Víctor Abramovich y Christian Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Totta, 2002, p. 177-179.

⁷⁰ Párrafo 35. Abramovich y Curtis señalan que los litigantes han empleado dos estrategias: la primera (*equity claims*) ha sido demandar la equiparación del gasto educativo entre los distintos distritos, tomando como base las cláusulas de igual protección de la ley; la segunda (*adequacy claims*) pretende la mejora de los recursos educativos de los distritos que se encuentran en peor situación, sin requerir necesariamente igualdad de recursos entre los distritos. En esta segunda estrategia se reclama la provisión de un servicio adecuado de educación a partir del intento de determinación del contenido mínimo del derecho construido sobre la base de las prestaciones efectivamente recibidas por los distritos más ricos.

4.3 ¿Se vulnera el artículo 13 si no existe una política pública educativa basada en la acción afirmativa para permitir el acceso en igualdad de oportunidades de una persona perteneciente a una minoría étnica?

La Comisión resaltará que el derecho de acceso con igualdad de oportunidades al sistema educativo implica que toda persona interesada en la adjudicación de un cupo en un establecimiento educativo pueda acceder en igualdad de condiciones al proceso de selección de los beneficiarios y a que la distribución de los cupos se realice acatando los procedimientos establecidos. Esta relación entre derecho a la educación y derecho a la igualdad es predicable respecto a todo el sistema educativo, sin importar la edad o el grado educativo al que se pretende ingresar⁷¹. Por otra parte, los criterios de selección para acceder a una institución educativa deben ser académicos y no pueden propiciar ningún tipo de conducta discriminatoria.

A fin de garantizar el acceso con igualdad de oportunidades, el derecho internacional reconoce la posibilidad de que se impulsen prerrogativas de ingreso al sistema educativo en favor de grupos sociales marginados o desaventajados. Ello incluye la política de cupos en instituciones de educación superior⁷². Sobre este tipo de medidas, el Comité DESC ha señalado:

⁷¹ En la sentencia T-798 de 1998 la Corte Constitucional de Colombia analizó el caso de un estudiante que no fue admitido a la carrera de medicina a pesar de haber obtenido un puntaje superior al de otros aspirantes inscritos que obtuvieron puntajes más bajos que el suyo y que fueron aceptados a través de procedimientos de estímulos especiales, relacionados con la prestación del servicio militar o la condición de hijos de docentes. La Corte Constitucional consideró que una vez que las universidades, en ejercicio de su autonomía, establecen el número de cupos, su distribución y los mecanismos de acceso, la selección debe corresponder al mérito personal académico de los aspirantes, y no a aspectos externos. En consecuencia, todas las personas interesadas en la adjudicación del cupo tienen derecho, en igualdad de condiciones, a acceder al proceso de selección de los beneficiarios y a que la distribución de los cupos se realice acatando los procedimientos establecidos. La igualdad de acceso implica que ante la limitación de los cupos, la selección se efectúe siguiendo el criterio del rendimiento académico, con base en el principio de igualdad de oportunidades. La Corte estableció que sólo resulta razonable aducir un trato favorable si está dirigido a grupos tradicionalmente marginados o discriminados, así como a personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren bajo circunstancias de debilidad manifiesta. Cuando el derecho a la igualdad de acceso se vulnera, la tutela es procedente, sin importar si se trata de un menor o mayor de edad, ni en qué etapa educativa se encuentra. En consecuencia, el Alto Tribunal ordenó a la Universidad que autorizara la matrícula de la estudiante en el primer programa de medicina que se iniciara con posterioridad a la fecha de notificación de la sentencia.

⁷² Con todo, el otorgamiento de cupos debe responder a criterios que respeten el principio de razonabilidad y el acceso con igualdad de oportunidades al sistema educativo. En la sentencia T-441 de 1997, la Corte Constitucional de Colombia señaló que “la promoción del deporte no constituye una razón suficiente para crear un cupo especial para favorecer el acceso de los deportistas a los estudios superiores. Si bien no se niega que la presencia en la universidad de deportistas de alto rendimiento puede constituir un estímulo para la práctica de las actividades de recreación física, este objetivo puede lograrse a través de medidas menos lesivas de los intereses de los otros aspirantes a acceder la universidad, que no impliquen el sacrificio injusto y excesivo de la aspiración de algunas personas de realizar estudios superiores”. En este mismo fallo, la Corte Constitucional señaló que el parámetro esencial de asignación de los cupos tiene que ser el mérito académico. Después de aplicar el criterio académico, las Universidades pueden emplear otros parámetros de adjudicación que sean admisibles constitucionalmente, como aquellos que buscan contrarrestar las condiciones desiguales con las que arriban a los exámenes de admisión los distintos aspirantes. Con base en ello, en el caso concreto, la Corte consideró inconstitucionales los privilegios para hijos de docentes y para deportistas, por desconocer el criterio esencial de acceso a la universidad y violar el derecho a la igualdad. Además, señaló que la adjudicación de cupos simplemente por el hecho de que un estudiante sea natural de una región es inconstitucional. Por el contrario, aceptó la validez de los cupos especiales para reinsertados, pues al favorecer la reintegración a la sociedad de guerrilleros desmovilizados concediendo capacitación para vincularse al mercado laboral, la universidad aporta al propósito de paz que prohíja la Constitución. Se exige al respecto la obtención del puntaje mínimo requerido para el ingreso a la Universidad. Respecto a la “desigualdad de origen”, la Corte Constitucional consideró que sí puede ser un argumento suficiente para que se brinde un tratamiento especial en la admisión de aspirantes que provienen de lugares con deficiencias en la prestación de la educación básica y zonas marginadas, toda vez que los estudiantes de estas zonas han sido tradicionalmente descuidados por el Estado y no se les ha brindado un servicio educativo similar al que les ha prestado a los naturales de otras zonas del país. La Corte Constitucional de Colombia resaltó que el

La adopción de medidas especiales provisionales destinadas a lograr la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y de los grupos desfavorecidos no es una violación del derecho de no discriminación en lo que respecta a la educación, siempre y cuando esas medidas no den lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas para los diferentes grupos, y a condición de que no se mantengan una vez alcanzados los objetivos a cuyo logro estaban destinadas.

Otros mecanismos para impulsar la igualdad de oportunidades en el acceso al sistema educativo se concentra en la obligación de implementar sistemas de becas para las personas procedentes de grupos desfavorecidos⁷³.

Por otra parte, si bien es posible que las instituciones educativas regulen el ingreso a sus programas mediante sus propios reglamentos, no les es permitido imponer requisitos desproporcionados que hagan nugatorio el derecho de acceso⁷⁴. Tampoco pueden negar un cupo a partir de causas no previstas en la ley o en los reglamentos.

Como se observa, la discrecionalidad de las autoridades de Provincia de Rivera del Norte, al orientar una determinada política social, no es absoluta. El impulso de una política pública educativa debe ser respetuoso del principio pro homine y respetar las obligaciones adquiridas frente al Protocolo de San Salvador. En este sentido, la Corte es competente para determinar si la política educativa implementada en este caso es suficiente, adecuada y estrictamente proporcionada, para desarrollar el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al sistema educativo.

El test que debía ser realizado para determinar si la medida no resulta respetuosa del Protocolo, es un test estricto o fuerte. De esta manera, la inexistencia de alternativas para Juana Olin hace que en el caso concreto sea inadmisibles las oposiciones de otras posibilidades que no son eficaces e idóneas para salvaguardar sus derechos. A la luz de la jurisprudencia interamericana, la afectación del proyecto de vida de Juana Olin exige una intervención judicial directa de la Corte.

Finalmente, debe anotarse que en el *Caso Yean y Bosico*, la Corte Interamericana señaló que la determinación de la violación del derecho a la igualdad puede involucrar el análisis del impacto discriminatorio de una política que parezca neutral en su formulación. En efecto, dijo la Corte:

141. La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos⁷⁵.

...continuación

tratamiento especial para el ingreso a la universidad constituye una forma de contrarrestar esas diferencias de origen, que tienen como consecuencia el que los aspirantes de esas zonas, en la práctica, tengan escasas posibilidades de acceder a los estudios superiores.

⁷³ Una obligación en este sentido se encuentra consagrada en el artículo 13 (2)(e) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, ver la Observación General 13, párrafos 26 y 53.

⁷⁴ En la sentencia T-215 de 2002, la Corte Constitucional de Colombia señaló que ciertas restricciones en el acceso relacionadas con una edad máxima, podrían resultar desproporcionadas respecto a ciertos menores de edad en situación de desplazamiento forzado. La Corte consideró que tratándose de niños desplazados por el conflicto interno, obligados a trasladarse de un lugar a otro, a iniciar su año lectivo y luego a suspenderlo para, si es posible, reiniciarlo en otro centro educativo, es normal que sobrepasen la edad en la que ordinariamente se accede a los grados escolares, razón por la cual la superación de ciertos límites temporales no tiene por qué conllevar su exclusión del sistema educativo.

⁷⁵ En este punto, la Corte cita sus precedentes en el Caso Yatama y en las Opiniones Consultivas sobre Condición

Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

En este sentido, -alegará la Comisión- si la no adopción de una política de acción afirmativa en el caso concreto genera dificultades en el acceso a la educación superior para grupos tradicionalmente excluidos, la Corte debe declarar la violación del artículo 13 del Protocolo y del artículo 24 de la Convención dado el carácter inequitativo que se genera ante la omisión de Rivera del Norte.

El Estado puede ofrecer diversos contra-argumentos respecto a lo anterior. Iberolandia insistirá en que, a pesar del alegato sobre posible discriminación contra Juana Olin, lo que realmente persigue la Comisión es que la Corte le ordene al Estado la adopción de una política pública educativa específica, lo cual –alegaría el Estado- es insostenible en el procedimiento contencioso que contempla el Sistema Interamericano.

En efecto, las obligaciones respecto a los derechos sociales no comprometen a los Estados Partes con la adopción de una política social específica. El Protocolo de San Salvador establece unas metas y es obligación de los Estados Partes determinar el camino para alcanzar dichos objetivos. Más aún cuando no todos los Estados se encuentran en una misma situación al momento de impulsar el desarrollo progresivo de estos derechos.

En este sentido, Iberolandia alegará que la Corte Europea ha resaltado que las autoridades nacionales están en una mejor posición para determinar las medidas oportunas y eficaces para el mejor cumplimiento de sus compromisos internacionales⁷⁶. De allí que los Estados cuenten con un margen de apreciación en relación a las necesidades de su sociedad y de las instituciones democráticas⁷⁷. Se concluye entonces que son el parlamento y el poder ejecutivo provinciales los llamados a decidir sobre el modelo económico que debe seguir la provincia y sobre la orientación del gasto público en lo que la Constitución le permite. Una intervención de la Corte Interamericana en este punto sería antidemocrática, dado que quienes han sido electos popularmente en Rivera del Norte han privilegiado el interés público en la adopción de la política educativa. No es legítimo que la Corte acelere un cambio que debe surgir a partir de la deliberación pública en los escenarios políticos correspondientes, donde las minorías pueden hacerse escuchar y donde sus intereses son también tomados en cuenta.

Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que la Corte Interamericana no tiene que asumir los costos políticos inherentes a la obtención de recursos necesarios para financiar políticas sociales. En provincias con escasos recursos como Rivera del Norte, adoptar políticas de acción afirmativa como las exigidas en este caso implica una excesiva intervención judicial por parte de la Corte. Los Estados Partes no se comprometieron a responder por la realización de los elementos más costosos del proyecto de vida de todas las personas.

De otra parte, el Estado señalará que las normas de derechos humanos no establecen la política de desarrollo que un país deba impulsar, lo cual no implica negar la pertinencia de dichas

...continuación

Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88, y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra nota 59, párr. 44.

⁷⁶ Corte Europea de Derechos Humanos, *Stjerna v. Finlandia*, Sentencia del 25 de noviembre de 1994, Serie A, No. 299-B, Par. 39.

⁷⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *Lingens v. Austria Case*, Sentencia del 8 de julio de 1986, Ser. A N° 103, párr. 39.

normas para la solución de casos concretos. Es más, son viables diversos tipos de política social para la realización de los derechos sociales, sin que los Estados Partes deban asumir una excesiva rigidez en decisiones que deben ser objeto de deliberación pública.

Este argumento se refuerza si se tiene en cuenta el precedente de la Corte Interamericana en el *Caso Cinco Pensionistas contra Perú*. En efecto, la jurisprudencia interamericana ha señalado que la obligación de desarrollo progresivo no puede ser utilizada como referente para la justiciabilidad del derecho a la educación en casos concretos. En dicho caso, la Corte precisó que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo [...] se debe medir [...] en función de la creciente cobertura de los DESC en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”⁷⁸. Aplicado este estándar al presente caso, el hecho de que la política educativa actualmente implementada en Rivera del Norte no permita la inclusión de Juana Olin como estudiante universitaria, no implica necesariamente que se desconozca la realización progresiva del derecho a la educación superior.

La Corte no es entonces competente para evaluar el impacto de una política pública específica. Estas políticas, según el precedente citado, sólo pueden ser objeto de control a través de casos contenciosos, cuando las actuaciones del Estado afecten al conjunto de la población y no a una sola persona⁷⁹. En este caso, la Comisión no ofrece argumentos sobre la forma en que la posible violación pueda tener efectos colectivos, de tal forma que no se trata de un hecho aislado.

Además, este ámbito de discusión corresponde al monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos en la región, tarea propia de la Comisión Interamericana a través de sus informes anuales, temáticos y sobre países; y de otros órganos políticos del Sistema Interamericano⁸⁰. En este sentido, las obligaciones frente al derecho a la educación superior en el presente caso solo pueden ser evaluadas en referencia a la cobertura de la totalidad de la población y no en relación con una víctima específica.

Al respecto, el Estado destacará que en el Protocolo de San Salvador se estableció un mecanismo de supervisión consistente en un sistema de informes. Este mecanismo ha sido fortalecido a través de las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”⁸¹, adoptadas por la Asamblea General de la OEA. Estas Normas configuran un sistema de informes como referente de control respecto al cumplimiento de las medidas progresivas. En efecto, el artículo 5.1 entiende progresividad como “el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de

⁷⁸ Corte I.D.H., Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, parr. 147.

⁷⁹ Ver al respecto la opinión del Exjuez de la Corte Interamericana Carlos Vicente de Roux, quien considera que no es posible obtener consecuencias judiciales del artículo 3 del Protocolo, que versa sobre la “obligación de no discriminación”. De Roux afirma “si la obligación estatal internacional no consiste en garantizar positivamente el derecho a la educación o el derecho de asociación sindical, sino en abstenerse de realizar acciones que los violen directamente, la protección judicial internacional no puede cumplir la labor de expandir la cobertura de tales derechos para abarcar a los sectores discriminados”. Ver Carlos Vicente de Roux, “La protección judicial de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano”, en VV.AA, *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estudios en homenaje al Profesor Antonio Augusto Cancado Trindade*, Tomo III, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 278.

⁸⁰ Como la Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, instituciones que, por ejemplo, están impulsando la composición y el funcionamiento de un Grupo de Trabajo que analizará los informes nacionales donde se expliquen los avances en el cumplimiento del Protocolo de San Salvador.

⁸¹ Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05) del 7 de junio de 2005.

un derecho económico, social o cultural”. Asimismo, el artículo 5.2 concentra el seguimiento de la progresividad en indicadores de progreso⁸². Como se observa, el enfoque del Protocolo se inclina por este tipo de mecanismos de control, distinto al sistema de casos contenciosos, dada la complejidad técnica que reviste evaluar tanto las políticas macroeconómicas como las políticas públicas de los Estados. En este sentido, sería una intervención judicial difícilmente aceptable el que la Corte Interamericana admita la exigibilidad contenciosa de una determinada política social. De allí que los argumentos sobre la violación de derechos a través de la no adopción de una política pública constituya un estándar que es objeto de monitoreo a través de informes y no de litigio a través de casos contenciosos⁸³.

El Estado resaltará que la Corte no ha aplicado el estándar de progresividad a casos individuales. En efecto, la Corte ha protegido los derechos sociales a través de la invocación de derechos civiles y políticos como el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho al debido proceso, los derechos políticos y el derecho a la igualdad. En este sentido, la exigibilidad judicial de una política pública educativa no tiene asidero en la jurisprudencia interamericana. Más aún cuando el litigio del presente caso constituye un litigio encubierto de la presunta falta de accesibilidad y calidad del sistema educativo de Rivera del Norte. Además, considerar que el derecho a la igualdad se expande en una forma tan excesiva e impredecible, en orden a incluir un condicionamiento de las políticas estatales, debilitaría la fuerza de la jurisprudencia de la Corte, toda vez que se pierde la especificidad de los derechos cuya reivindicación contenciosa ha sido dispuesta por los Estados Partes.

En suma, no puede generarse responsabilidad internacional del Estado, en un caso contencioso, por el hecho de que exista un problema estructural de exclusión social. No se niega la gravedad de dicha situación, pero no puede ser objeto de condena en el sistema de casos individuales. Más aún cuando se toman como estándares de referencia los criterios proferidos por el Comité DESC o los informes generales, temáticos o de país, publicados por la Comisión Interamericana en sus actividades no contenciosas.

5. ARTÍCULO 28 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El artículo 28 de la Convención dispone:

Artículo 28. Cláusula Federal

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las

⁸² Según dicha norma, “(u)n sistema de indicadores de progreso permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. El progreso en derechos económicos, sociales y culturales se puede medir a partir de considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil”.

⁸³ Por ello, las Normas “buscan ser una herramienta útil para los propios Estados Partes, que les permitan una mejor evaluación de sus propias acciones y estrategias tendientes a asegurar los DESC. En tal sentido, permiten emitir conclusiones que valoren la asignación de prioridades, la gestación de políticas y el diseño de estrategias en el propio Estado informante, sin buscar comparaciones entre diversos Estados”. Expresamente, la resolución afirma que las Normas “no pretenden contabilizar denuncias sino avances o progresos”.

medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

La estructura federal de diversos Estados miembros de la OEA⁸⁴ repercute a la hora de dar cumplimiento a las obligaciones emergentes de las normas internacionales de derechos humanos⁸⁵. En muchas ocasiones, tales como el caso Olin contra Iberolandia, la estructura federal puede limitar los efectos internos de la ratificación de la Convención Americana. Paralelamente, autoridades locales, como las de Rivera del Norte pueden pretender desatenderse de las obligaciones que les corresponden argumentando que la materia de que se trata, en este caso educación, cae bajo su competencia mientras que la Convención ha sido ratificada por el Gobierno federal y no por el estadual y por ende no deben cumplir con la misma.

El caso Olin obliga a analizar las potencialidades y dificultades que ofrece el federalismo y a definir el alcance de las obligaciones internacionales de un Estado con estructura federal. Ello, a fin de no restringir o limitar indebidamente la protección internacional para los habitantes de Estados con estructura federal, así como para evitar que los órganos internacionales condicionen o impidan el armónico funcionamiento de la distribución de los poderes hacia el interior de las federaciones.

5.1 ¿Cuáles son las obligaciones de un Estado Federal con relación a las acciones y omisiones de las entidades componentes de la Federación (Cuáles son las obligaciones de Iberolandia en relación con las acciones y omisiones de Rivera del Norte)?

La Comisión puede argumentar que la Corte ya ha sostenido de manera clara y categórica que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria⁸⁶.

Iberolandia es internacionalmente responsable por las acciones y omisiones de las autoridades de Rivera del Norte en materia de ingreso a la universidad pública así como con relación a sus propias acciones y omisiones al no lograr que las autoridades provinciales adoptaran las medidas de acción positiva requeridas. Iberolandia no ha hecho lo que los diversos órganos de las Naciones Unidas han requerido por parte de los Estados federales. No ha establecido mecanismos adecuados entre los niveles federal y provincial para garantizar en mayor medida la plena aplicabilidad de los tratados de derechos humanos⁸⁷; tampoco ha adoptado medidas para garantizar que las autoridades de todas las provincias, pero especialmente de Rivera del Norte, conozcan los derechos enunciados en las convenciones y sean conscientes de su deber de velar por su respeto⁸⁸. De manera particular, Iberolandia no ha logrado garantizar que el Gobierno Federal disponga de los suficientes medios y recursos para asegurar que en todas las provincias,

⁸⁴ Además de Iberolandia, Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, México y Venezuela.

⁸⁵ CIDH, Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil, 1997, pág. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 septiembre 1997, Original: Portugués, Capítulo 5.

⁸⁶ Corte I.D.H., El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 140.

⁸⁷ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Alemania, CCPR/CO/80/DEU (2004), párr. 12.

⁸⁸ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales, Suiza, U.N. DOC. CCPR/CO/73/CH (2001), párr. 6.

en la legislación provincial y en la práctica se respeten, las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados⁸⁹ y para lograr que los derechos se protejan de manera efectiva por los gobiernos estatales⁹⁰.

El Comité de los Derechos del Niño ha instado a los Estados a asegurar que en todo proceso de transferencia de competencias, las autoridades a las que se traspasan las competencias dispongan realmente de los recursos financieros, humanos y de otra índole necesarios para desempeñar eficazmente las funciones relativas a la aplicación del tratado respectivo; a conservar las facultades necesarias para exigir el pleno cumplimiento del tratado por las administraciones autónomas o las autoridades locales y a establecer mecanismos permanentes de vigilancia para que el tratado respectivo se respete y se aplique a todas las personas sometidas a su jurisdicción, sin discriminación⁹¹. Para lograr estos objetivos indudablemente se requiere de diálogo y negociación entre el gobierno central y las unidades de la federación. Y esto es lo que ha procurado realizar Iberolandia. Pero, como ha dicho el Comité de Derechos Humanos, mientras que las negociaciones políticas entre el Gobierno federal y los gobiernos provinciales y territorios para asegurar la aplicación de los tratados son valiosas, las mismas no liberan al Estado Parte de su obligación de velar porque se respeten y garanticen los derechos reconocidos en el tratado en todas las partes de su territorio, sin limitación ni excepción alguna.⁹²

La Comisión puede indicar que la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Assanidze estableció que la Convención Europea a diferencia de su par americana no contiene una cláusula federal. Aún en el supuesto que se pudiese encontrar una cláusula federal implícita similar al artículo 28 de la Convención Americana —supuesto que la Corte Europea rechaza—la misma no podría ser construída en el sentido de liberar al estado federal de completa responsabilidad. Ello porque la cláusula del artículo 28 de la Convención Americana obliga al gobierno nacional a tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de la Convención⁹³.

El Estado por su parte debe indicar que la jurisprudencia de la Corte Europea es completamente irrelevante pues como el propio tribunal europeo indica, no existe una norma similar al artículo 28 y los comentarios que pueda realizar sobre la Convención Americana no tienen ninguna fuerza vinculante para la Corte Interamericana.

La Comisión Interamericana ha tenido oportunidad de referirse a los problemas que genera la estructura federal. En una ocasión sostuvo que:

(...) no puede dejar de expresar su preocupación por la falta de cumplimiento, por parte del Estado..., de muchas obligaciones contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos en razón de que los Estados miembros o entidades estatales que forman parte de la República Federativa ejercen jurisdicción y tienen competencia respecto a delitos cometidos en sus respectivos territorios. El denominado "principio federativo", de acuerdo con el cual los Estados individuales gozan de autonomía, ha sido usado frecuentemente como explicación para impedir la investigación y

⁸⁹ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria sobre su visita a Argentina, Naciones Unidas, Distr. GENERAL, E/CN.4/2004/3/Add.3, 23 de diciembre de 2003.

⁹⁰ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Brasil. (1996), CCPR/C/79/Add.66.

⁹¹ Comité de Derechos del Niño, 34º período de sesiones (2003), Observación general Nº 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), párr. 41.

⁹² Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Australia. 24/07/2000. A/55/40, paras. 498-528., párr. 516.

⁹³ Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Assanidze v. Georgia, Application no. 71503/01, Judgment, 8 April 2004, párr. 141.

determinación de los responsables de violaciones --muchas veces graves-- de derechos humanos y ha contribuido a acentuar la impunidad de los autores de tales violaciones⁹⁴.

El Estado puede sostener que debe prestarse atención a la posibilidad que organismos internacionales de protección de los derechos humanos puedan afectar la estructura federal de un Estado. Así, en un caso la CIDH encontró que un Estado federal había violado sus obligaciones internacionales por permitir que la determinación de si los homicidios cometidos por menores de edad merecían la pena de muerte, quede en manos de cada Estado de la Unión y no del Gobierno federal⁹⁵. En muchos países federales, las disposiciones en materia penal son eminentemente una facultad de los gobiernos locales y no del gobierno central. Por ende, debe considerarse adecuadamente el reparto de competencia constitucional entre Iberolandia y Rivera del Norte, en particular considerando que de acuerdo a la Constitución, todo lo relativo a la educación corresponde a las provincias.

Los Estados son libres y soberanos para adoptar la forma de Gobierno y de Estado que estimen pertinente, sea federal, unitaria o cualquier otra.⁹⁶ El derecho internacional no impone ningún modelo de distribución interna de competencias. El Estado puede sostener que obligar a la aplicación de la ley 678 en Rivera del Norte sería ir en contra de la soberanía de Iberolandia que es el límite de actuación de los órganos del sistema. No puede entenderse que al ratificar la Convención, Iberolandia cedió su facultad soberana de distribuir competencias al interior de sus provincias.

La Comisión puede sostener que los Estados no pueden ampararse en su forma federal o unitaria de Gobierno o de Estado para incumplir o justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. La calificación de la ilicitud internacional del hecho no es afectada por la calificación jurídico-legal del mismo hecho como lícito por el derecho interno. La conformidad con las disposiciones del derecho interno no excluye en absoluto que el comportamiento se califique de internacionalmente ilícito. Ni siquiera la Constitución de un Estado puede utilizarse para limitar el alcance de la responsabilidad internacional. Desde esta perspectiva, la decisión de la Corte Suprema de Iberolandia determinando que las conductas y omisiones de Rivera del Norte no son inconstitucionales son insustanciales para la determinación que debe hacer la Corte Interamericana. La Corte Internacional de Justicia ha dicho que:

La conformidad con el derecho interno y la conformidad con las disposiciones de un tratado son cuestiones diferentes. Lo que constituye violación de un tratado puede ser lícito en derecho interno y lo que es ilícito en derecho interno puede no entrañar violación alguna de las disposiciones de un tratado.⁹⁷

⁹⁴ CIDH, Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil, 1997, pág. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 septiembre 1997, Original: Portugués, Capítulo I(A) párr. 5.

⁹⁵ CIDH, caso N° 9647, Estados Unidos, Resolución N°3/87, párr. 63, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987 OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, 22 septiembre 1987. En otro caso, la Comisión ha debido pronunciarse acerca de los derechos de los residentes del Distrito de Columbia en Estados Unidos, que de acuerdo a la Constitución de dicho país no pueden votar, en tanto y en cuanto residen en la ciudad capital y asiento del Gobierno federal. Los redactores originales de la Constitución norteamericana temían que otorgarles la posibilidad de voto, podría crear desequilibrios e influencias indebidas en el Gobierno federal. La Comisión consideró que tal situación era violatoria de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Ver Informe N° 98/03, Caso 11.204, Fondo, Statehood Solidarity Committee, Estados Unidos, 29 de diciembre de 2003, párr. 100.

⁹⁶ Julio A. Barberis, Los Sujetos del Derecho Internacional Actual, (1984), pág. 59. En adelante, Barberis, Los sujetos.

⁹⁷ C.I.J., Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), C.I.J., Reports 1989, pág. 51, párr. 73. Este principio encuentra su respaldo en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que dice:

Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Esto implica que Iberolandia en principio, no podrá invocar para eximirse de responsabilidad que en el reparto constitucional de competencias, lo relativo a la educación cae bajo la esfera de una entidad federativa, es decir Rivera del Norte. La responsabilidad internacional se extiende aun a las situaciones en que la ley doméstica no provee al Estado Federal con elementos o instrumentos que le permitan obligar a los órganos competentes de las unidades cumplir con las obligaciones internacionales del Gobierno central.⁹⁸

La Comisión y el Estado deben coincidir en que es indispensable analizar si el comportamiento de Rivera del Norte puede ser atribuido a Iberolandia, determinación que se realiza desde el derecho internacional. Iberolandia, no puede eludir su responsabilidad internacional por un simple proceso de subdivisión interna. El Estado, como sujeto de derecho internacional, es considerado responsable único del comportamiento de todos los órganos, servicios y funcionarios que forman parte de su organización y actúan en esa capacidad. Ello incluye tanto los órganos de toda entidad pública territorial comprendida en el Estado como los órganos de la administración central de ese Estado. La Corte Interamericana ha establecido expresamente, que:

Según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional⁹⁹.

La Comisión Interamericana ha señalado en repetidas oportunidades que cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el Gobierno nacional de dicho Estado responde en la esfera internacional por los actos cometidos por agentes de los Estados miembros de la federación.¹⁰⁰ Esta concepción integral y abarcadora del Estado implica que tanto las autoridades centrales como las locales se encuentran bajo la obligación internacional de cumplir con las disposiciones de los tratados ratificados por el Gobierno federal.¹⁰¹ El Estado debe reconocer esto, pero como se indica en la sección subsiguiente lo primero que resalta es el artículo 28 de la Convención que pretende precisamente limitar el alcance de la Convención.

5.2 ¿Es el artículo 28 de la Convención una “intención diferente de aplicación” según lo previsto en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados? ¿Cuál es la interpretación del artículo 28 a partir de los trabajos preparatorios de este artículo? ¿Existía la intención de limitar la aplicación territorial de la Convención Americana?

El Estado puede ofrecer diversos argumentos. Iberolandia reconoce que en principio, la aplicación de las normas internacionales, incluidas las de las convenciones interamericanas que invoca la CIDH, debe realizarse en la totalidad de su territorio. Sin embargo, el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados expresamente prevé:

"Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo."

⁹⁸ J.G. Starke, Introduction to International Law, Tenth Edition, Butterworths, pág. 295.

⁹⁹ Corte I.D.H., Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (art. 63(1) Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de agosto de 1998, Corte I.D.H. (Ser. C) No. 39, párr. 46

¹⁰⁰ Comisión IDH, Informe N° 35/01, Caso 11.634, Jaiton Neri Da Fonseca, Brasil, 22 de febrero de 2001, párr. 13, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev., 16 abril 2001; Informe N° 10/0, Caso 11.599, Marcos Aurelio De Oliveira, Brasil, párr. 21, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13 abril 2000 e Informe N° 24/98, Caso 11.287, João Canuto De Oliveira, Brasil, 7 de abril de 1998, párr. 42. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 febrero 1998.

¹⁰¹ C.I.J. LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, C.I.J., Reports 1999, pág. 16, párr. 28.

Por lo tanto, a criterio del Estado, resulta crucial determinar si el artículo 28 de la Convención Americana tiene la intención de limitar de alguna manera el alcance general de las obligaciones en materia de Estados con estructura federal. En este sentido, la Corte Interamericana ha dicho que de la letra y espíritu de un tratado surgen los elementos a considerar al determinar la intención de establecer una excepción a la aplicación general de la Convención en todo el territorio de un Estado federal. Y el Estado de Iberolandia entiende que el artículo 28 de la Convención representa una clara intención de limitar el alcance de la Convención en los Estados federales.

Para comprender cabalmente el sentido del artículo 28 debe compararse su texto con sus pares en el ámbito universal. Esta comparación demuestra el propósito claramente limitativo de la Convención Americana con respecto a los Estados federales. En efecto, el PIDESC y el PIDCP expresamente establecen que los mismos son aplicables en toda la extensión territorial del Estado federal sin excepción o limitación de algún tipo. Así el PIDESC en su artículo 28 y el PIDCP en su artículo 50 disponen de manera idéntica que:

Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Al interpretar el artículo 50, el Comité de Derechos Humanos ha entendido que si bien el Pacto permite que los Estados Parte hagan efectivos los derechos reconocidos en el tratado con arreglo a los procedimientos constitucionales internos, se desprende del mismo principio que los Estados Parte no pueden invocar las disposiciones de su derecho constitucional ni otros elementos del derecho interno, incluidas las relativas a su estructura federal, para justificar el incumplimiento o la inaplicación de las obligaciones contraídas en virtud del tratado¹⁰². De conformidad con el artículo 50 y en concordancia con el artículo 2 del Pacto, los gobiernos centrales en federaciones deben garantizar que la legislación y práctica de sus provincias se hallen en conformidad con las disposiciones de los tratados¹⁰³. La claridad del texto del PIDCP en cuanto a la extensión de su aplicación a todas las partes componentes de los Estados federales, contrasta con el artículo 28 de la Convención que a la inversa busca precisamente limitar su aplicación en las federaciones. No puede olvidarse que el PIDCP sirvió de modelo en un gran número de artículos de la Convención. Cuando los redactores interamericanos se apartaron de su par universal lo hicieron de manera consciente y buscando obtener resultados diferentes. En el caso del artículo 28, limitar las obligaciones de los Estados federales.

La Comisión puede alegar que el artículo 28 no tiene la intención de que la Convención no se aplique en todo el territorio. En efecto, la Corte Interamericana ha interpretado que el artículo 28 de la Convención prevé la hipótesis de que un Estado federal, en el cual la competencia en materia de derechos humanos corresponde a los Estados miembros, quiera ser parte en ella¹⁰⁴. Rivera del Norte, ni ninguna de las provincias de Iberolandia están eximidas de cumplir con la Convención por el simple hecho de que no hayan ratificado la Convención¹⁰⁵. En sentido concordante, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha indicado que el sistema de gobierno federal entraña la responsabilidad de las provincias en la observancia de muchos de los derechos previstos en el tratado, que puede requerir la adopción de disposiciones normativas y medidas tomadas en el

¹⁰² Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 4.

¹⁰³ Sarah Joseph, Jenny Schultz y Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, 2nd. Edition, Oxford University Press (2004), pág. 14.

¹⁰⁴ Corte I.D.H., Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 46.

¹⁰⁵ Bidart Campos, *Tratado Elemental* pág. 280.

plano provincial para asegurar la observancia de los derechos enunciados¹⁰⁶. Por eso, el artículo 28 debe entenderse como extendiendo las obligaciones que resultan de la Convención Americana a cada unidad componente de la federación¹⁰⁷. En un caso concreto relativo a las elecciones en un estado de la unión mexicana, la Comisión ha observado las disposiciones constitucionales para sostener que la Convención Americana es “aplicable en todo el territorio de los Estados Unidos Mexicanos... Las disposiciones de la convención rigen en todos los Estados de la Unión mexicana en calidad de Ley Suprema de toda la Unión”, al tenor del artículo 133 de la Constitución de México¹⁰⁸.

El Estado por lo tanto, puede indicar que la práctica de los organismos de Naciones Unidas o de la Corte Europea de Derechos Humanos no resulta aplicable en el contexto interamericano ya que claramente el objetivo del artículo 28 de la Convención es limitar precisamente el alcance de la Convención en los Estados federales como Iberolandia.

La propia Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Assanidze estableció que la Convención Europea a diferencia de su par americana no contiene una cláusula federal. Y de especial importancia, la Corte Europea, al menos en un caso reconoció la existencia de “importantes dificultades prácticas” en un Estado federal para implementar sus obligaciones a nivel provincial.¹⁰⁹

La cláusula federal tiene en mente en sus primeros dos incisos solamente a un grupo de estados, aquellos con estructura federal frente a la gran mayoría del resto del articulado convencional que se dirige sin distinción a la totalidad de los Estados parte¹¹⁰. Por ende, no puede considerarse que los Estados federales tengan mayores obligaciones que el resto de los Estados parte. Por el contrario, no hay forma de interpretar la Convención que no sea dándole el sentido de precisar de manera limitada el alcance de las obligaciones de los gobiernos centrales pero en modo alguno como imponiéndole obligaciones adicionales.

¹⁰⁶ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Argentina. 03/11/2000. CCPR/CO/70/ARG.

¹⁰⁷ Colautti, El Pacto de San José de Costa Rica pág. 141.

¹⁰⁸ CIDH, Resolución N° 01/90, Casos 9768, 9780 y 9828 (México) 17 de mayo de 1990, párr. 96; en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1990-1991, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, Doc. 12, 22 febrero 1991. El artículo 133 de la Constitución mexicana dispone:

Esta Constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la Republica, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

¹⁰⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Belilos v. Switzerland* judgment of 29 April 1988, Series A no. 132, p. 26, para. 59. En el caso se discutía una reserva interpuesta por Suiza y el alcance del entonces artículo 64 inciso 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que requería que “toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate”. Suiza argumentó que dicho artículo no tomó en cuenta los problemas específicos que enfrentan los Estados federales y que pueden ser virtualmente insuperables ya que requeriría citar todas las regulaciones de los cantones específicos. La Corte rechazó esta línea de argumentación sosteniendo que la función de seguridad jurídica que la exposición de la ley representaba una cuestión sustantiva cuyo incumplimiento no podía justificarse por “importantes dificultades prácticas”.

¹¹⁰ Walter Carnota, *Federalismo y Derechos Humanos*, E.D. 127-911. Otros artículos que podrían tener estas características son el 4 inciso 2 que se dirige solamente a aquellos Estados que mantienen la pena de muerte (estableciendo los requisitos para su imposición); el 5 inciso 5 que se refiere solamente a los Estados que permiten el procesamiento de menores de edad (requiriendo que sean separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento); el 6 inciso 2 que se refiere a los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos o el 6 inciso 3.b. en el que se indica que “en los países donde se admite exención por razones de conciencia [al servicio militar], el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél”.

Sumado a este argumento, para determinar la intención del artículo 28 debe tenerse en cuenta la historia legislativa del artículo 28 y la relación del artículo 28 con los artículos 1 y 2 de la Convención, tal como se analiza en los próximos segmentos.

El argumento de la Comisión será señalar que el artículo 28 no tenía como propósito federalizar las materias cubiertas por la Convención. En ese sentido, no se buscaba alterar la distribución interna de competencias. Sin embargo, ello no implica relevar a los Estados Partes del cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Los Estados pueden adoptar el modelo de régimen político que estimen pertinente pero no pueden dejar de cumplir la Convención.

Iberolandia no puede defenderse sosteniendo que la intención del artículo 28 es restringir el ámbito de aplicación de la Convención recurriendo a los trabajos preparatorios de la Convención. En primer lugar, los antecedentes y trabajos preparatorios son solo un método alternativo de interpretación al que debe recurrirse en caso de ambigüedad u oscuridad o cuando la interpretación literal, teleológica o contextual conduzca a un resultado irrazonable como lo indica el artículo 32 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. Las consideraciones precedentes dejan claro el alcance del artículo 28, por lo que no es necesario recurrir a los trabajos preparatorios. Sin embargo, para refutar la posición estatal vale la pena realizar una lectura detenida de los antecedentes que en todo caso indican que la preocupación principal de la delegación proponente del actual artículo 28 era no alterar el reparto interno de competencias entre el gobierno central y los gobiernos locales antes que restringir el alcance territorial y jurisdiccional general de la Convención, posición que la Comisión comparte. El gobierno de Estados Unidos que propuso la redacción actual del artículo 28 sostuvo la necesidad de que se incluyera un artículo que enfatizara la necesidad de la cooperación entre el gobierno central y los gobiernos federales, pero sin alterar la distribución de poderes al interior de las federaciones. La historia legislativa demuestra que la preocupación principal radicó en no federalizar todas las materias cubiertas por la Convención Americana. Pero ni siquiera en las posiciones de los Estados Unidos existía la intención de sostener que la Convención regiría solamente en los ámbitos sobre los cuáles el gobierno central ejercía jurisdicción.

La respuesta del Estado será señalar que el objetivo del artículo 28 es restringir la aplicación territorial de la Convención. Un análisis de la historia legislativa del artículo 28 lleva a entender que los redactores originales pretendieron restringir el alcance de la Convención en los Estados federales, en los términos del artículo 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados mencionado precedentemente¹¹¹.

El proyecto original de Convención, preparado por la Comisión Interamericana, en su artículo 29 indicaba que:

Cada Estado Parte, cuando constituya una federación, tomará las medidas necesarias, con arreglo a su Constitución y a sus leyes, para que se hagan efectivas las disposiciones de la presente Convención en todos los Estados, Provincias o Departamentos federados y otros territorios bajo su jurisdicción.¹¹²

¹¹¹ La Corte Interamericana ha utilizado los trabajos preparatorios para interpretar diversas disposiciones de la Convención. Ver por ejemplo, Corte I.D.H., "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 17 (para confirmar el alcance de la función consultiva de la Corte) o El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 23 (para confirmar la interpretación sobre el sistema de reservas a la Convención).

¹¹² Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pág. 24 (en adelante Conferencia Especializada) Ver asimismo, United States Department of State, U.S. Position Paper for

Continúa...

El gobierno de Estados Unidos sostuvo que el artículo era ambiguo y se prestaba a interpretaciones variadas. Sin embargo, concordaba en la necesidad de que se incluyera un artículo que enfatizara la necesidad de la cooperación entre el gobierno central y los gobiernos federales, pero sin alterar la distribución de poderes al interior de las federaciones. Por ende proponía una redacción que dejara en claro que “todos los gobiernos nacionales están sujetos a todas las disposiciones de la Convención respecto a la cual ejercen jurisdicción”.¹¹³ Ya durante las discusiones puntuales sobre este artículo, la delegación de los Estados Unidos volvió a insistir en la necesidad de que no se adopte una disposición que cambie “totalmente la estructura de la actual forma de gobierno” haciendo legislar al gobierno federal sobre materias que no caían dentro de su esfera sino de los Estados de la Unión.¹¹⁴

A fin de satisfacer a estas preocupaciones, la Conferencia Especializada decidió incluir el actual artículo 28, redactado sobre la base de una propuesta del Gobierno de Estados Unidos. La delegación del Gobierno de Estados Unidos entendió que la redacción del artículo 28 era fundamentalmente diferente al artículo 50 del PIDCP ya citado. La principal distinción radicaría en que el Pacto a diferencia de la Convención obliga al gobierno federal a ejercer poderes sobre materias que pueden estar reservadas a las unidades del estado. En cambio, la Convención obligaría solamente a tomar las medidas necesarias para que las entidades de la federación cumplan con la Convención. Estas medidas podrían consistir, por ejemplo, en recomendaciones de acuerdo a la delegación norteamericana. Pero en todo caso, la forma en que se realizaría sería una decisión interna y no una obligación internacional.¹¹⁵ Iberolandia concuerda con esta interpretación y la hace suya.

5.3 ¿Cuál es la relación entre las obligaciones generales de los artículos 1 y 2 de la Convención en relación con las obligaciones del artículo 28?

La Comisión insistirá en un análisis de las obligaciones que emergen de la Convención Americana en los Estados federales a partir de una lectura conjunta e integral de todo el texto convencional y no de manera aislada su cláusula federal. En particular deben considerarse los artículos 1 y 2 convencionales. El artículo 1 inciso 1 indica:

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por su parte el artículo 2 señala que:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

...continuación

the Inter-American Human Rights Conference, San José, Costa Rica, November 7-22, 1969, prepared by Walter J. Landry, sección 29.a.

¹¹³ Conferencia Especializada, pág. 67.

¹¹⁴ Conferencia Especializada, pág. 275.

¹¹⁵ Ver Buerghenthal, Inter-American System, pág. 37.

Una lectura armónica e integral de estas disposiciones, permite sostener que la Convención Americana establece como deberes fundamentales a cargo de los Estados Partes, es decir, los Estados con estructura federal, unitaria o cualquier otra, los de respeto y garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos en ella reconocidos (artículo 1.1). Adicionalmente coloca a los Estados Partes con organización federal en la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno pertinentes y necesarias para cumplir con tales deberes (artículos 2 y 28.2). Las dos obligaciones generales consagradas en la Convención Americana –la de respetar y garantizar los derechos protegidos (artículo 1.1) y la de adecuar el derecho interno a la normativa internacional (artículo 2) se hallan indisolublemente interrelacionadas y no condicionadas por el artículo 28¹¹⁶. La cláusula federal precisa el alcance de las obligaciones generales pero no las limita.

Una interpretación del artículo 28, aislada del resto de la Convención y de los principios generales del derecho “conduciría a relevar al gobierno central de sus obligaciones bajo la Convención y podría dejar a las personas privadas de protección internacional”.¹¹⁷ Siguiendo las reglas de interpretación establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y en especial el artículo 29, inciso a de la Convención Americana, no se podría concluir que el artículo 28 restringe los deberes del Estado federal. Como dice el artículo 29.a:

Ninguna disposición de la presente Convención, puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes... suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención¹¹⁸.

Los deberes de respeto y garantía que surgen del artículo 1 son los determinantes al momento de precisar el alcance de las obligaciones de un Estado federal y el artículo 28 de la Convención viene a complementar estas obligaciones genéricas. Así la CIDH indicó que

el artículo 1(1) de la Convención establece claramente la obligación del Estado de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, así como de garantizar su libre y pleno ejercicio, de modo que toda violación de los derechos reconocidos por la Convención que pueda ser atribuida, de acuerdo con las normas del derecho internacional, a acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un acto de responsabilidad del Estado. De acuerdo con el artículo 28 de la Convención, cuando se trata de un Estado federativo... el Gobierno nacional responde en la esfera internacional por los actos practicados por las entidades que componen la federación¹¹⁹.

Del artículo 1 de la Convención se desprende que el Estado tiene dos obligaciones básicas: respetar y garantizar los derechos reconocidos *a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*. En los términos del derecho internacional, es claro que en los Estados federales, las personas están sujetas a su jurisdicción independientemente de que se encuentren o residan en los ámbitos

¹¹⁶ La propuesta de extender el alcance de las obligaciones generales de los dos primeros artículos más allá de los derechos reconocidos en el Capítulo II relativo a Derechos Civiles y Políticos, se ha hecho también en otros ámbitos. Así Melish ha propuesto una lectura integral de las obligaciones de respeto, garantía y adecuación del derecho interno con relación al artículo 26 de la Convención relativo a derechos económicos, sociales y culturales. A diferencia de las posiciones tradicionales, ha sostenido que estas obligaciones generales de los artículos 1 y 2 se aplica a todos los derechos, incluidos los económicos, sociales y culturales. Ver Tara Melish, *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*, pág. 155 y sigs. Obviamente hay diferencias entre pretender extender el alcance de los dos primeros artículos convencionales a los derechos económicos, sociales y culturales que a la cláusula federal. El artículo 26 se denomina Desarrollo Progresivo y aparece como único artículo en el Capítulo III de la Convención titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por lo cual se puede argumentar que en tanto derechos, la extensión de las obligaciones generales no cambia en sustancia. A diferencia, la cláusula federal aparece en el Capítulo IV, titulado Suspensión de Garantías, Interpretación y Aplicación.

¹¹⁷ CIDH, Informe N° 8/91, Caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991, OEA/Ser.LV/II.79.rev.1 Doc. 12, párr. 41.

¹¹⁸ Ídem.

¹¹⁹ CIDH, Informe N° 34/00, Caso 11.291, Carandirú, Brasil, 13 de abril de 2000, párr. 36.

provinciales o federales. Por lo tanto, este deber de respeto y garantía se extiende a toda persona sujeta a la jurisdicción estatal.

El sistema de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados a hacerlo.¹²⁰ En consecuencia, si por cualquier circunstancia, incluida la estructura federal del Estado, el derecho no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado, ello constituiría una violación de la Convención susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección previstos en ella.¹²¹ El artículo 1 de la Convención no distingue entre personas sujetas a la jurisdicción de Estados federales y personas sujetas a la jurisdicción de Estados unitarios. Contiene una norma de carácter general que se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna¹²². Por lo tanto el carácter de la obligación general de respeto y garantía sin discriminación se extiende también al artículo 28.

El artículo 1 de la Convención

Contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce¹²³.

La estructura federal de Iberolandia constituyó uno de dichos obstáculos para el efectivo goce de los derechos y por ende, el Gobierno central debió efectuar y adoptar todas las medidas necesarias para evitar que la estructura federal impida o dificulte dicho goce, circunstancia que no realizó y por ende es responsable internacionalmente. Ello no implica eliminar el federalismo sino lograr que el Gobierno central y los gobiernos locales se encuentren en condiciones de asegurar el efectivo disfrute de los derechos.

El artículo 2 de la Convención complementa y precisa lo dispuesto en el artículo 1. Requiere que se adopte la legislación necesaria para dar efectividad a las normas convencionales de protección, supliendo eventuales lagunas o insuficiencias del derecho interno, incluidas las originadas en la estructura federal a fin de armonizarlas con las normas convencionales. En este sentido el artículo 2

recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole.¹²⁴

La referencia a los procedimientos constitucionales en los artículos 2 y 28, significa exclusivamente que los Estados pueden elegir la manera en que se realizará la adecuación del derecho y práctica de las unidades de la federación a las obligaciones de la Convención. Pero en

¹²⁰ Ver Convención Americana, Preámbulo, y mutatis mutandi, Corte I.D.H., El Efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención, Opinión Consultiva OC2-82, del 24 de septiembre de 1982, párr. 33.

¹²¹ Ver mutatis mutandi, Corte I.D.H., Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta, Opinión consultiva, OC-7/86, de 29 de agosto de 1986, Serie A No 7, párr. 24.

¹²² Corte I.D.H., Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 53.

¹²³ Corte I.D.H., Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos, Opinión Consultiva OC 11/90 del 10 de agosto de 1990, (Ser. A) No. 11 (1990), párr. 34.

¹²⁴ Corte I.D.H., Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta, Opinión consultiva OC- 7/86, de 29 de agosto de 1986, Serie A No 7, párr. 30.

modo alguno, significa que el Estado puede sustraerse de dichas obligaciones invocando su derecho constitucional. No puede invocar Iberolandia, que de acuerdo a su Constitución lo relativo al derecho a la educación pertenece a la jurisdicción provincial. El inciso 2 del artículo 28 en este sentido no es sino la precisión de la obligación general de adoptar medidas con arreglo a las disposiciones de la Convención. En el caso de los Estados federales el inciso 2 del artículo 28 exige que la adopción de esas medidas sea realizada de inmediato. El artículo 28 contiene una obligación dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos convencionales al interior de las federaciones. La obligación que resulta de los artículos 2 y 28.2 en cuanto requieren que se adopten las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de la Convención en las entidades componentes de la federación, complementa pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo primero de la Convención de tales respetar y garantizar los derechos¹²⁵. El propio artículo 2 indica que el Estado debe adoptar medidas con arreglo a las disposiciones de la Convención, que para el caso de los Estados federales específicamente están contempladas en el artículo 28.

La Comisión ha aceptado esta interpretación sosteniendo que “estas obligaciones contenidas en los dos primeros Artículos de la Convención Americana son las que imponen al Gobierno... la exigencia de “tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes (de las entidades componentes de la Federación) puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”, en los términos del Artículo 28.2”.¹²⁶

En este sentido, la Corte en diferentes oportunidades ha ordenado la adopción de las medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra índole que fueran necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención¹²⁷.

La cláusula federal sirve para deslindar responsabilidades al interior del Estado federal, pero en modo alguno, para crear un vacío de responsabilidad internacional.¹²⁸ El acápite 2 del artículo 28 complementa al inciso anterior para adjudicar al Gobierno Federal una obligación de actuar según su Constitución y sus leyes para impeler a los Gobiernos locales a adoptar las medidas que les permitan cumplir con la Convención.¹²⁹ Si no lo hace el Estado viola la Convención al omitir dictar las normas a que está obligado por el artículo 2.¹³⁰

¹²⁵ Walter Carnota, *Federalismo y Derechos Humanos*, E.D. 127-911 (el artículo 28 tiene por objeto tornar operativo a nivel local, el principio consagrado en el artículo 2 de la Convención, por lo que tiene un carácter instrumental que adapta el texto convencional a la hipótesis de un Estado federal).

¹²⁶ CIDH, Informe N° 8/91, Caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991, párr. 40.

¹²⁷ Ver entre otros, Corte.I.D.H. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 98 (ordenando la adopción de las medidas que fueran necesarias para adecuar el ordenamiento guatemalteco al artículo de la Convención); Caso Trujillo Oroza. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr 98 (ordenando la tipificación del delito de desaparición forzada); Bámaca Velásquez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 85 (ordenando la adopción de las medidas nacional de aplicación del derecho internacional humanitario y de protección de los derechos a la vida, libertad e integridad personales y protección y garantías judiciales) y Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 137, 138 y 151 (ordenando la adopción de las medidas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de la comunidad indígena en cuestión).

¹²⁸ Mónica Pinto, *Temas de Derechos Humanos*, Editores del Puerto, pág. 74.

¹²⁹ Ídem.

¹³⁰ Ver *mutatis mutandi*, Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC 13/93, Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 16 de julio de 1993, párr. 26.

En uno y otro caso, las obligaciones del gobierno federal pueden ser diferentes pero en modo alguno eliminan las obligaciones establecidas en los artículos 1 y 2 de la Convención, en relación con el artículo 28 de la misma. Para decidir con precisión los órganos del sistema deberían analizar si el Gobierno federal además de sus obligaciones de respeto y garantía estaba obligado por sí mismo a cumplir con “todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial” (artículo 28.1) o si por el contrario debía tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de las entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención (artículo 28.2). Pero lo determinante de todas maneras será precisar si el o los derechos en cuestión fueron respetados y garantizados tal como lo exige el artículo 1 de la Convención y si el Estado adoptó las disposiciones de derecho interno (sea éste federal o estadual) para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención.

El contraargumento general del Estado será insistir en que el artículo 2 y el 28 inciso 2 reenvían al derecho constitucional interno para analizar la responsabilidad del Estado. Iberolandia no desconoce el principio básico del derecho internacional en el sentido que es impermisible la defensa invocando el ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, este principio tiene un límite fundamental que es cuando el propio tratado remite al derecho interno, como sucede con los artículos 2 y 28 inciso 2 de la Convención Americana. En este sentido, es claro que Iberolandia delegó en sus provincias todo lo relativo a la educación. Por ello, el grado de obligaciones convencionales a cargo del Estado federal es limitado. No puede ir más allá de recomendar a las provincias a adoptar medidas. Pero no puede generar su responsabilidad internacional si las provincias no siguen estas recomendaciones. De todas maneras, Iberolandia ha realizado muchas más acciones que simplemente recomendar a las autoridades provinciales de Rivera del Norte la adopción de medidas afirmativas.

Como se indicó, los tratados de derechos humanos adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas, difieren diametralmente de su par interamericano por lo que la referencia a la práctica de los organismos universales que efectúa la Comisión no es pertinente.

De todas maneras, lo que los organismos de Naciones Unidas requieren es que en los Estados federales haya coordinación y cooperación entre las diferentes autoridades y organizaciones para la eficaz aplicación de las disposiciones de los tratados en las respectivas unidades de la federación¹³¹. Esto es lo que ha hecho Iberolandia a través de las diferentes acciones que adoptó para lograr la coordinación y cooperación con las autoridades de Rivera del Norte. Esta es una obligación de medio y no de resultado que debe ser perseguida de manera razonable y de acuerdo al criterio de la debida diligencia. En este sentido, Iberolandia actuó de manera razonable y diligente mediante conversaciones y gestiones políticas del más alto nivel, adopción de legislación específica, incentivos económicos y producción de material de capacitación para autoridades locales. Esto es lo que la Convención requiere y el Gobierno federal cumplió con sus obligaciones federales. Exigirle más a Iberolandia sería imponerle obligaciones de tratados del ámbito universal que no están bajo discusión ni análisis en el presente caso.

En definitiva, la historia legislativa y el propio texto de la Convención, demuestra que el artículo 28 tiene por objetivo retacear la aplicación de la Convención y hacerla más dificultosa dependiendo de la organización constitucional de los Estados partes¹³². El artículo 28 busca

¹³¹ Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Conclusiones y recomendaciones: Australia, U.N. Doc. E/C.12/1993/9 (1993), párr. 13.

¹³² Cecilia Medina, *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and The Inter-American System*, Martinus Nijhoff Publishers, pág. 100.

restringir notablemente las obligaciones asumidas por los Estados federales en el marco de la Convención¹³³ al crear una desigualdad entre los Estados Partes de la Convención¹³⁴ con el objetivo de limitar el alcance de la misma en los Estados federales como Iberolandia. Por eso, el Gobierno de Iberolandia sostiene que no ha violado tal artículo.

Finalmente el Estado puede sostener que la Comisión procura establecer la responsabilidad directa de Rivera del Norte ya que no ha logrado demostrar que el Gobierno central de Iberolandia no ha actuado de manera diligente y razonable como lo exige el artículo 28. Esta posición de la Comisión es contraria al derecho internacional ya que las provincias carecen de personalidad jurídica internacional y por lo tanto no son técnicamente parte del tratado¹³⁵. Por lo tanto, no puede atribuirse responsabilidad internacional a Rivera del Norte por el supuesto incumplimiento de un tratado del que no han participado en su celebración. Iberolandia puede ser responsabilizada internacionalmente siempre que se demuestre que ha incumplido con sus deberes convencionales, circunstancia que no ha ocurrido en esta ocasión.

5.4 ¿Se discriminó a Juana Olin por la no aplicación uniforme de la Ley 678, es decir, por la inaplicación de la citada ley en Rivera del Norte frente a la aplicación en el resto de las provincias?

Es preciso resaltar que este problema jurídico es distinto a si Juana Olin requería, en su caso concreto, de la aplicación de acción afirmativa. Esta es una discusión que no pondera entre población general y minorías sino entre las residentes en unas provincias y otras.

La Comisión puede señalar que sí hay una obligación de que se aplique de manera igualitaria la ley, con independencia del lugar de residencia. En segmentos anteriores los criterios de discriminación se relacionaban con la condición de mujer y de raza. La Comisión resaltará que en Iberolandia, la Convención no se aplica de manera igualitaria a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado, lo cual podría generar una situación de discriminación. Ello pues algunas personas bajo su jurisdicción gozan de ciertos derechos mientras que otras situadas en Rivera del Norte, incluida Juana Olin, no lo hacen. Diversos organismos de Naciones Unidas han señalado críticamente las disparidades existentes al interior de los países con estructura federal con relación a la vigencia de los diferentes derechos reconocidos. Así han tomado nota de que existen diferencias en la legislación relativa a la educación en el sistema federal en el Estado en cuestión¹³⁶; han expresado preocupación porque muchas de las garantías del debido proceso no figuren en los códigos de procedimiento penal de algunos cantones, y que aún no se haya aprobado un código de procedimiento penal unificado¹³⁷. El Comité de Derechos del Niño ha insistido en la importancia de que existan salvaguardias para que la descentralización o la transferencia de competencias no conduzcan a una discriminación en el goce de los derechos de los niños en las diferentes regiones¹³⁸. Específicamente en el caso de Argentina, se comentó que el sistema federal de gobierno confiere a las provincias autoridad en sectores críticos, como la

¹³³ Héctor Faundez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y Procesales*. 3º Edición (2004), pág. 60.

¹³⁴ Julio A. Barberis, *Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como Tratado Internacional*, en *Liber Amicorum en Homenaje al Juez Héctor Fix-Zamudio*, pág. 249. En adelante, Barberis, *Consideraciones*.

¹³⁵ Barberis, *Consideraciones*, pág. 249.

¹³⁶ Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Conclusiones y recomendaciones*, Australia, U.N. Doc. E/C.12/1993/9 (1993), párr. 6.

¹³⁷ Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales: Suiza*, U.N. Doc. CCPR/CO/73/CH (2001), párr. 12.

¹³⁸ Comité de Derechos del Niño, 34º período de sesiones (2003), *Observación general N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), párr. 41.

administración de justicia, con el resultado de que el tratado no se aplica de manera uniforme en las diferentes regiones del territorio del Estado¹³⁹.

La Comisión puede sostener que Iberolandia discriminó en contra de los postulantes en Rivera del Norte al permitir que aplique un régimen diferenciado de ingreso a la universidad en esta provincia frente al resto de las universidades. La Comisión, ha establecido que la diversidad en la práctica de los Estados de la Unión en una materia determinada tiene como resultado que se apliquen criterios totalmente distintos para el mismo hecho. Ello produce “un mosaico de leyes” que sujetan las consecuencias de un acto no a la naturaleza del crimen, sino al lugar donde éste ocurre. El ceder a las legislaturas estatales esta situación produce “un muestrario de legislación arbitraria” contrario al principio de igualdad ante la ley.¹⁴⁰

El Estado puede contraargumentar que no puede considerarse que haya habido discriminación por el hecho de que en Rivera del Norte se aplica un sistema de ingreso a la universidad diferente de otras universidades provinciales. En efecto, la mayoría de los precedentes internacionales no han encontrado que la diversidad de legislaciones o prácticas al interior de un Estado federal implique *per se* una discriminación. Particularmente en diferentes casos se utilizó este argumento ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que a la fecha no lo ha aceptado. Así ha sostenido que

al ser el Estado Parte una unión federal, son posibles diferencias entre las partes que constituyen la Federación lo que no constituye por sí mismo una violación al principio de igualdad y no discriminación.¹⁴¹

¹³⁹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Argentina. 03/11/2000. CCPR/CO/70/ARG., párr. 8.

¹⁴⁰ CIDH, caso Nº 9647, Estados Unidos, Resolución Nº3/87, 22 septiembre 1987, párr. 62 y 63.

¹⁴¹ Sergei Anatolievich Cheban et al v. The Russian Federation, Communication No. 790/1997, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/790/1997 (2001), párr. 7.4 Ver asimismo, el caso Hesse donde se alegó discriminación con base a los diferentes plazos de prescripción en distintas provincias australianas. El Comité declaró inadmisibile la petición por falta de fundamentación en este punto. Peter Hesse v. Australia, Comunicación No. 1087/2002, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/1087/2002 (2002), párr. 4.2. En el caso Lindgren contra Suecia, donde se alegó discriminación ya que distintos municipios tenían regímenes diferentes en cuanto a subsidios a escuelas privadas, el Comité tampoco encontró violación. Lindgren y otros v. Sweden, Comunicación No. 298/1988, U.N. Doc. CCPR/C/40/D/298/1988 (1990), párr. 10.4. En el caso Arieh Hollis Waldman, los denunciantes alegaron la diferencia de trato entre los residentes en diferentes provincias de Canadá con relación a la educación religiosa, sin que el Comité de Derechos Humanos se pronunciara al respecto. Ver Arieh Hollis Waldman v. Canada, Comunicación No. 694/1996, U.N. Doc. CCPR/C/67/D/694/1996 (1999), párr. 3.1. Ver en el mismo sentido, Corte Europea de Derechos Humanos, caso Dudgeon v. The United Kingdom, 22 de Octubre de 1981, Opinión Disidente del Juez Matscher indicando: La diversidad de leyes domésticas que es la característica de un Estado federal, nunca puede constituir discriminación y no hay necesidad de justificar la diversidad en este aspecto. Un reclamo en contrario sería irrespetar totalmente la esencia misma del federalismo (traducción propia).