Diálogo y deferencia en el caso del Comité de Derechos Humanos

Pablo Contreras Vásquez*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La noción de diálogo. 3. Comité de Derechos Humanos y condiciones para el diálogo. 4. Diálogo, deferencia y Comité de Derechos Humanos: 4.1. Rechazo a la aplicación literal de la doctrina del margen de apreciación; 4.2. El concepto de "margen de discreción"; 4.3. Otros estándares de deferencia. 5. Conclusión.

1. Introducción

El diálogo entre el sistema universal de protección de los derechos humanos y los jueces estatales, en América Latina, requiere poner atención en el desarrollo de los pronunciamientos internacionales y cómo estos internalizan (o no) las decisiones nacionales. Esta aproximación supone apartarse de la literatura tradicional que, preferentemente, estudia cuáles son los pronunciamientos nacionales que recogen alguna norma o sentencia internacional.[1] El

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Magíster en Gobierno y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado; Master en Derecho (LL.M.) y candidato a Doctor en Derecho (S.J.D.), Northwestern University; Profesor de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. e-mail de contacto: pcontreras@nlaw.northwestern.edu. Sitio web: <http://www.pcontreras.net>. Quisiera agradecer los comentarios a los asistentes al Seminario Internacional "El Diálogo entre Jurisdicciones, el Desarrollo del Derecho Público y una Nueva Forma de Razonar", organizado por la Universidad Nacional Andrés Bello, los días 22, 23 y 24 de octubre de 2013. La versión final es de exclusiva responsabilidad del autor.

[1] *Véase*, a modo de ejemplo, los textos de Gonzalo Aguilar y de Néstor Osuna

diálogo no opera únicamente –o, al menos, no debería– mediante la internalización nacional de estándares internacionales. Para que estemos ante algo auténticamente dialógico, requiere que el nivel internacional preste atención a las prácticas y estándares nacionales.

Como es sabido, el sistema universal cuenta con múltiples actores que operan bajo distintas fuentes formales. Esto suele ser olvidado a la hora del análisis, siendo simplificado irreflexivamente, especialmente cuando se analiza el diálogo judicial. La pretensión de este texto es modesta y busca reducir el objeto de estudio para efectos de poder abordar, con cierta profundidad, un aspecto importante del denominado diálogo entre jueces nacionales y tribunales/organismos internacionales. Existe un problema metodológico ineludible si uno quiere analizar el diálogo judicial: debe circunscribir su objeto de estudio a una de las partes –el tribunal/órgano internacional o los jueces estatales– o a ambas. Para efectos de este trabajo, me limitaré al análisis del nivel internacional. Ello implica que examinaré cómo el plano internacional internaliza prácticas o estándares desarrollados por el nivel nacional. Para ello,

incluidos en este mismo volumen. Para otros ejemplos de esta tendencia doctrinaria, puede revisarse los trabajos de Humberto Nogueira sobre la materia. *Véase*, entre otros, NOGUEIRA, H., "El Uso del Derecho Extranjero y del Derecho Internacional por parte del Tribunal Constitucional Chileno durante el Período 2006-2007", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVII, 2º semestre 2011, pp. 275-326; NOGUEIRA, H., "El Uso de las Comunicaciones Transjudiciales por parte de las Jurisdicciones Constitucionales en el Derecho Comparado y Chileno", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 9, No. 2, 2011, pp. 17-96; NOGUEIRA, H., "El Uso del Derecho Convencional Internacional de Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno en el Período 2006-2010", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, No. 1, 2012, pp. 149-187; NOGUEIRA, H., "Diálogo Interjurisdiccional, Control de Convencionalidad y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Período 2006-2011", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, No. 2, 2012, pp. 57-140; NOGUEIRA, H. (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago, 2012.

me enfocaré en uno de los engranajes del sistema de protección universal: la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos (en adelante, "Comité") del Pacto Internacional de Derechos Civiles (en adelante, "Pacto"). En consecuencia, para efectos de precisión del objeto de estudio, nos abocaremos a uno de los extremos del diálogo: la vereda internacional.

Sin embargo, me parece que la noción de diálogo debe ser enriquecida, al menos para el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Las condiciones dialógicas no pueden ser desarrolladas sin una comprensión de las bases normativas para la deferencia internacional. El plano internacional puede aceptar e internalizar un estándar nacional a través de técnicas de margen de apreciación estatal o, simplemente, de deferencia internacional. En otros términos, en ciertos casos, el diálogo es suspendido (temporalmente) por la aceptación de un argumento (en este caso, por razones que soportan un estándar o práctica nacional). Alguien calla, porque asume la corrección normativa de la posición del otro. Eso, en materia jurisdiccional, se conoce como deferencia: un órgano internacional resuelve respetar la decisión de un órgano nacional, especialmente en materia de restricción de derechos humanos. En base a ello, es indispensable investigar sobre estándares que permitan desarrollar una teoría internacional de la deferencia en materia de derechos humanos.

El texto desarrolla el problema del diálogo judicial desde el análisis de los observaciones del Comité de Derechos Humanos, órgano creado bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para ello, se adopta una perspectiva radicada en el plano internacional y cómo éste interactúa con el nivel nacional. En particular, se analiza dentro de las posibilidades de diálogo, la apertura del Comité para aceptar posiciones nacionales de los Estados Parte. Esto se examina bajo las condiciones de deferencia que provee el Comité. El texto concluye que es escasa la interna-

lización de prácticas e interpretaciones nacionales en la atribución de sentido normativo que el Comité efectúa respecto del Pacto. Asimismo, se concluye que no se ha desarrollado una doctrina de deferencia que pueda articular la aceptación de interpretaciones nacionales por parte del Comité.

Para ello, el texto sigue el siguiente orden. Primero me referiré brevemente a la noción de diálogo, en relación con el sistema universal de protección de los derechos humanos (2). Luego revisaré los caracteres particulares del Comité y las prevenciones que deben hacerse en un estudio sobre el diálogo del sistema universal de derechos humanos y jueces estatales (3) para finalmente analizar la jurisprudencia del Comité en materia de deferencia internacional (4). Aquí se constata que el Comité ha rechazado doctrinas de deferencia europea y ha intentado, en ciertos casos, construir un rumbo propio para efectos de articular esferas de discreción estatal.

2. La noción del diálogo

Una de las tendencias recientes en la dogmática del Derecho público es la de estudiar el denominado "diálogo" transjudicial o transnacional.[2] El fenómeno parece haberse iniciado con fuerza en Latinoamérica tras la sentencia *Almonacid Arellano y otros v. Chile*,[3] en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos asumió en su jurisprudencia mayoritaria el denominado "control de convencionalidad".[4] Los tribunales nacionales, en función de distintas reglas constitucionales y legales, han ido insertando la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante

[2] Véase *supra* nota 1.

[3] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, ser. C, No. 154, 26 de septiembre de 2006.

[4] *Id.*, cons. 124.

"CADH") y la jurisprudencia de la Corte Interamericana para efectos de resolver casos concretos.[5] A su vez, la Corte ha tomado parte de la jurisprudencia de los tribunales nacionales para efectos de determinar el sentido y alcance de las obligaciones establecidas en la CADH. Esta es una práctica escasa que no por ello deja de ser relevante para el estudio del concepto de diálogo judicial.[6]

[5] Sobre esto, *véase*, por todos, Aguilar, G., "El Control de Convencionalidad y el Rol del Juez Nacional como Juez de los Derechos Humanos", en Nogueira, H. (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago, 2012; Benavente, H., "El Juez de Control como Garante de la Convencionalidad de las Normas en el Nuevo Proceso Penal Mexicano", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, No. 1, 2012; Castilla, K., "El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a partir de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2011; Ferrer Mac-Gregor, E., "Interpretación Conforme y Control difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 9 No. 2, 2011. Hitters, J. C., "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios Fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 7, No. 2, 2009; Nash, C., "El Control de Convencionalidad. Precisiones Conceptuales y Desafíos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Nogueira, H. (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago, 2012.

[6] A modo de ejemplo, se puede revisar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los 19 Comerciantes v. Colombia*, Sentencia de Fondo, ser. C, No. 90, 5 de julio de 2001, cons. 166, donde afirmó que los jueces militares "tienen una competencia excepcional y restringida al conocimiento de conductas de los miembros de la fuerza pública que tengan una relación directa con una tarea militar o policial legítima". Tal razonamiento es fundado en un pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana. En lo pertinente, dicha Corte señaló: "[s]i desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. [...] En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública" (*Id.*, cons. 168, citando la decisión del pleno de la Corte Constitucional de Colombia, de fecha 5 de agosto de 1997).

Antes de entrar a revisar el diálogo entre el sistema internacional y los jueces estatales, debemos precisar brevemente algunas de las características principales de la noción de diálogo judicial. La idea de diálogo nace durante la década de los 90 del siglo pasado. Anne-Marie Slaughter fue una de las precursoras en el estudio de la globalización judicial y la comunidad global de las cortes y tribunales.[7] El contexto de la globalización habilita las condiciones discursivas para conceptualizar un diálogo transnacional entre entes con potestades jurisdiccionales de distintos órdenes, nacionales e internacionales. Sin embargo, la idea de diálogo como noción de una interconexión comunicativa entre tribunales y sus razonamientos, aparece con mayor elaboración tras las formulaciones modernas de pluralismo jurídico. Específicamente, la noción parece consolidarse en Europa, en relación a los distintos niveles de operación de jueces nacionales, comunitarios y del sistema europeo de derechos humanos.[8]

La reflexión sobre la idea de diálogo transnacional o transjudicial con el sistema universal de protección de los derechos humanos es menor a la que se ha dado en los sistemas regionales, primero el europeo y luego el interamericano. Esto parece tener una explicación sencilla pero importante a la vez: en el sistema universal de protección de derechos, no existe una corte internacional de

[7] SLAUGHTER, A., "Judicial Globalization", en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, 2000; Slaughter, A., "A Global Community of Courts", en *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, 2003.

[8] SWEET, A., "Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes", en *Indiana Journal of Global Studies*, Vol. 16, 2009; Barber, N., "Legal Pluralism and the European Union", en *European Law Journal*, Vol. 12, No. 3, 2006; Poiares Maduro, M., "Interpreting European Law: Judicial Adjudication in the Context of Constitutional Pluralism". Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1134503 [visitado Dic. 13, 2013]; POIARES MADURO, M., "Three Claims of Constitutional Pluralism", en Avbelj, M. & Komárek, J. (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart, Oxford, 2012, pp. 67-84.

derechos humanos. Más allá de ser una aspiración de algunos académicos como Nowak,[9] el sistema universal se caracteriza por su fragmentación.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la fragmentación se da considerablemente en la pluralidad de instrumentos normativos.[10] Éstos van desde una variedad de tratados internacionales a un sinnúmero de declaraciones e insumos de *soft law* con nuevos estándares en materia de derechos humanos. Además de la pluralidad de instrumentos, existe una pluralidad de entes a quienes se les encarga la tarea de tutela y garantía de los derechos humanos. Existe un número abultado de comités internacionales a cargo del monitoreo y control de los principales tratados de derechos humanos.[11] Todo esto contribuye a una generación descentralizada de criterios y estándares en materia de derechos humanos.

Bajo las condiciones de fragmentación, el análisis dogmático del diálogo entre el sistema internacional de derechos humanos, por un lado, y los jueces estatales, por el otro, es extremadamente complejo. Complejo, no sólo por la pluralidad de normas y organismos internacionales, sino también por la pluralidad de jueces

[9] NOWAK, M., "The Need for a World Court of Human Rights", en *Human Rights Law Review*, Vol. 7, 2007, pp. 251-259; NOWAK, M., "On the Creation of a World Court of Human Rights", en *National Taiwan University Law Review*, Vol. 7, No. 1, 2012, pp. 260 y ss.

[10] Sobre los problemas y virtudes de la fragmentación del Derecho Internacional, *véase* HAFNER, G., "Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law", en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, No. 3, 2004, pp. 849 y ss.; FISCHER-LESCNO, A. & TEUBNER, G., "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, No. 3, 2004, pp. 999 y ss.

[11] El listado de los Comités puede ser revisado en la página web del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Véase* http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx [última visita efectuada Ene. 14, 2014].

cionales. Para hacer manejable esta complejidad, me quiero tener y enfocar en el análisis de las posibilidades de un diálogo tre uno de los órganos del sistema de protección universal de rechos humanos con jueces estatales. Específicamente, me reiré al Comité de Derechos Humanos.

3. Comité de Derechos Humanos y condiciones para el diálogo

Para poder hablar de diálogo, debemos efectuar una caracterición del sistema que vamos a analizar. Esto tiene una ventaja de erenciar el sistema interamericano o europeo con el denominado tema universal y, en lo que a este texto ocupa, al subsistema del cto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por ello, es cesario hacer las siguientes prevenciones.

Primero, el Pacto es uno de los tratados internacionales de dehos humanos que tiene uno de los mayores números de Estados tes. Actualmente, son 167 Estados los que han ratificado este tado.[12] Muy superior a los 47 Estados del Convenio Europeo Derechos Humanos y los 23 de la CADH.[13] Esto demuestra

[12] La información sobre el Pacto puede ser encontrada en el sitio de la cción de tratados de Naciones Unidas (U.N.T.S.): http://treaties.un.org/Pages/wMTDSGDetails.aspx?src=UNTSONLINE&tabid=2&mtdsg_no=IV-4&chapte&lang=en#Participants [última visita efectuada Oct. 10, 2013].

[13] La Convención Europea de Derechos Humanos tiene 47 Estados Partes. e el sitio del Consejo de Europa: http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/rcheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=08/02/2013&CL=ENG [última visita efectuada 10, 2013].

La Convención Americana de Derechos Humanos tiene 23 Estados Partes. e el sitio de la Organización de Estados Americanos: http://www.oas.org/dil/ies_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm [última visita uada Oct. 10, 2013].

que las obligaciones que establece recaen sobre un número amplio y plural de Estados que sobrepasan los límites regionales de los subsistemas de protección y responden a una variedad y diversidad política, económica y cultural mayor a la que se encuentra en los sistemas regionales.

El Comité fue creado junto al Pacto y supervisa internacionalmente el cumplimiento de las obligaciones del mismo. Dicho órgano tiene tres tareas principales: supervisar los informes periódicos redactados por los Estados Partes del Pacto;[14] elaborar Observaciones Generales interpretando el sentido y alcance de las disposiciones del Pacto;[15] y decidir las denuncias de particulares en contra de los Estados Partes, regidas bajo el Primer Protocolo Facultativo al Pacto (en adelante, "Protocolo Facultativo").[16] Sólo los Estados que han ratificado este último tratado se encuentran bajo la jurisdicción del Comité, en relación a las denuncias de particulares.[17] A septiembre de 2013, 115 Estados son partes al Protocolo Opcional.[18]

Las dos principales tareas del Comité –Observaciones Generales y decisiones en casos de comunicaciones particulares– permiten desarrollar un análisis dogmático respecto de las posibilidades del

[14] Art. 40(1) del Pacto.

[15] Art. 40(4) del Pacto. Todas las Observaciones Generales del Comité pueden encontrarse en el sitio de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, de Naciones Unidas: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm [última visita efectuada Oct. 10, 2013].

[16] Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("Protocolo Facultativo"), *entró en vigencia* Mar. 23, 1976, 999 U.N.T.S. 302.

[17] Art. 1 del Protocolo Facultativo: "[...] El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo".

[18] Véase el sitio de Colección de Tratados de Naciones Unidas (U.N.T.S.): http://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSONLINE&tabid=2&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en#Participants [última visita efectuada Oct. 10, 2013].

diálogo con jueces estatales. Nos enfocaremos en esto. Por ello, revisaré una sola dimensión del diálogo: cómo lo universal opera en relación a lo nacional ("arriba" hacia "abajo"), puesto que es en este nivel en el que se puede metodológicamente estudiar la deferencia.

Sin perjuicio de lo anterior, la fisonomía jurídica del Comité requiere ser considerada. Primero, en relación con las Observaciones Generales. Aquí, el Comité opera como un interpretador auténtico del Pacto. Su actividad jurídica concretiza los enunciados del Pacto y, en el ejercicio de esta potestad, se le ha criticado por avanzar considerablemente el estándar a veces incluso más allá de lo dispuesto por el tratado. El caso paradigmático en este punto es el alcance de la Observación General No. 24, en materia de reservas al Pacto y al Protocolo facultativo. Autores han criticado que el Comité obró más allá de su competencia y estableció requisitos a las reservas que entran en contradicción con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.[19]

Es importante destacar que, en el nivel de las Observaciones Generales, no hay diálogo entre el Comité y los jueces estatales. En vez de operar sobre la base de pluralismo jurídico –que admite algunos espacios de relatividad en materia de derechos humanos– el Comité ha favorecido la construcción fuerte de un derecho *internacional* de los derechos humanos.[20] La lógica *top-down* es la predominante y el Comité opera casi como legislador-codificador de su propia jurisprudencia y de los estándares que asume como correctos. En otros términos, el Comité más bien opta por una

[19] Parte del debate se resume en Ziemele, I. & Liede, L., "Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guidelines 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6", en *European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 4, 2013, pp. 1138-1139.

[20] Conte, A. & Burchill, R., *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Londres, Ashgate Publishing, 2ª ed., 2009, p. 16.

consolidación y estandarización de los pronunciamientos que el Comité adopta en las comunicaciones individuales.

¿Cuál es la contrapartida de tal funcionamiento? La negación de la internalización. El Comité no acoge experiencias nacionales o interpretaciones domésticas para la concretización de los enunciados del Pacto. Al momento de configurar su interpretación autoritativa de las Observaciones Generales, simplemente descansa en su propia jurisprudencia. Esto es en particular evidente en las Observaciones más recientes. Revisemos algunos ejemplos. El primer ejemplo se encuentra en la *Observación General No. 32*,[21] en donde fija los estándares aplicables a las garantías judiciales del artículo 14 del Pacto.[22] En dicho documento, el Comité revisó y modificó el estándar que había fijado respecto de la independencia e imparcialidad de los tribunales militares, en una Observación anterior.[23] Para ello, basó el cambio de criterio en la decisión que recayó en la comunicación *Madani v. Algeria*.[24] En *Madani*, el Comité estableció que el Estado debe demostrar que el juzgamiento de civiles ante tribunales militares debe ser "necesario" por "razones serias y objetivas" o en circunstancias tales que "los

[21] Comité de Derechos Humanos, *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, CCPR/C/GC/32, Ago. 23, 2007.

[22] "Artículo 14.

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. [...]".

[23] Comité de Derechos Humanos, *General Comment No. 13, Equality before the courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law (Art. 14)*, 1-2 IHRR 12, Abr. 13, 1984.

[24] Comité de Derechos Humanos, *Madani v. Argelia*, Comm. No. 1172/2003, Jun. 21, 2007. Disponible en http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2007.03.28_Abbassi_v_Algeria.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

tribunales ordinarios se encuentran imposibilitados de incoar tales procedimientos".[25] El estándar particular que fija en *Madani* luego constituye una regla de *soft law* incorporada a la Observación General.[26] El segundo ejemplo se encuentra en la *Observación General No. 34*, sobre libertad de expresión.[27] Esta Observación es prolífica en citas a la jurisprudencia del mismo Comité, haciendo crecer considerablemente los estándares que previamente había fijado en la *Observación General No. 10*, ahora revisada.[28] En el nuevo texto, el Comité incorporó un criterio especialmente relevante para la protección de la libertad de expresión: "todas las figuras públicas, incluso las que ejercen los cargos políticos de mayor importancia, como los Jefes de Estado o de Gobierno, pueden ser objeto legítimo de críticas y oposición política".[29] Dicho estándar lo había fijado, previamente, en la decisión que resolvió la comunicación particular *Marques de Morais v. Angola*. Este caso es revisado más abajo. El punto a destacar, en esta sección, es la forma por la cual el Comité vuelve a autogenerar un estándar de derechos humanos en base a su propia jurisprudencia. La *Observación General No. 34* es un perfecto ejemplo de autocodificación que supera con creces el contenido de la antigua *Observación General No. 10*. Sin embargo, no hay recepción de estándares o prácticas desarrolladas a nivel internacional.

Estos ejemplos demuestran cómo funciona la tarea autocodificadora del Comité. Aquí, el Comité opera como un órgano

[25] *Id.*, cons. 8.7.

[26] En la *Observación General No. 32*, *cit.*, el estándar aparece en el pár. 22.

[27] Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 34: Artículo 19: Libertad de Opinión y Libertad de Expresión*, CCPR/C/GC/34, Sept. 12, 2011.

[28] Comité de Derechos Humanos, *General Comment 10, Article 19* (Nineteenth session, 1983), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 1994.

[29] Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 34*, *cit.*, pár. 38.

normador heterónomo respecto de los Estados Partes del Pacto. Los estándares son elaborados a partir de su propia jurisprudencia. No hay una tarea inductiva para acumular e internalizar estándares nacionales o domésticos de la aplicación interna de las obligaciones del Pacto, a efectos de configurar las Observaciones Generales. Por ello, la praxis jurídica de jueces estatales no es contemplada como elemento interpretativo y modulador de las obligaciones del Pacto. La consecuencia inevitable es que el Comité no "dialoga" con los jueces estatales para efectos de establecer los estándares de las Observaciones Generales.

La cuestión debiese cambiar, en principio, en las observaciones que emite el Comité en cada comunicación particular. Aquí sí podría analizarse si existe alguna posibilidad de diálogo o, al menos, bases para la deferencia internacional. Sin embargo, en el nivel de las observaciones particulares debe hacerse una prevención. El Comité sólo podría ser considerado un órgano cuasi-judicial y, por tanto, sus decisiones no son equivalentes a las de, por ejemplo, la Corte Interamericana. En efecto, la doctrina dominante es absolutamente clara al respecto. El Comité decide la admisibilidad y el fondo de las comunicaciones o denuncias individuales a través de "observaciones" sobre el caso.[30] Dichas observaciones carecen de fuerza vinculante.[31] La misma expresión utilizada –"observaciones"– contrasta con la de sentencias, fallos o decisiones y ese habría sido el propósito deliberado de las partes contratantes en la

[30] Art. 5(4), Protocolo Facultativo.

[31] Esta es la opinión dominante de la literatura sobre el Pacto y el Protocolo Facultativo. *Véase* NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Arlington VA, N.P.E Engel, 1993; MUTUA, M., "Looking Past the Human Rights Committee: An Argument for De-Marginalizing Enforcement", en *Buffalo Human Rights Law Review*. Vol. 4, 1998, pp. 232-235; HELFER, L. & SLAUGHTER, A., "Toward a theory of effective supranational adjudication", en *Yale Law Journal*, Vol. 107, 1997, pp. 273-351, p. 351; CONTE, & BURCHILL, *cit.*, pp. 36-37.

elaboración del Protocolo Facultativo. El consenso doctrinal actual respalda tal lectura de las decisiones del Comité, pese a existir una tendencia minoritaria que busca fortalecer y afirmar la obligatoriedad de las observaciones para los Estados Partes del Protocolo Facultativo.[32] Esta tendencia, sin embargo, no ha penetrado aún en el propio Comité. En el 2008, el Comité emitió la Observación General No. 33, donde autocomprendió su praxis interpretativa en términos similares a la de organismos judiciales, en el ámbito supranacional.[33] En razón de ello, sostuvo que las interpretaciones adoptadas bajo el procedimiento del Protocolo Facultativo son un "pronunciamiento autorizado" (*autoritative determination* o "determinación autoritativa") que interpreta las disposiciones del Pacto.[34] Sin perjuicio de ello, el Comité fue cauto y no llegó al punto de afirmar la fuerza vinculante de sus observaciones.

La falta de obligatoriedad de las decisiones que recaen en comunicaciones particulares debe ser atendida como un elemento central, a efectos de caracterizar el diálogo entre jueces. A diferencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana –que son vinculantes para los Estados y cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad internacional– las decisiones del Comité carecen de naturaleza obligatoria, acercándose a una recomendación para el cumplimiento del tratado.

[32] Sin perjuicio de ello, cfr. la opinión de académicos que afirman la naturaleza obligatoria de las Observaciones del Comité. Un resumen de ese debate se puede encontrar en Davidson, S., "Intention and effect: The Legal Status of the Final Views of the Human Rights Committee", en Huscroft, G. & Rishworth, P. (eds.), *Litigating Rights. Perspectives from domestic and International Law*. Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 308-313.

[33] *Observación General No. 33, Obligaciones de los Estados Partes con Arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, CCPR/C/GC/33, Nov. 5, 2008, pár. 11.

[34] *Id.*, pár. 13.

Esto tiene al menos dos implicancias. Por un lado, las autoridades nacionales podrían, eventualmente, relegar el "pronunciamiento autorizado" del Comité sin que, automáticamente, violen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es decir, al no ser vinculantes las decisiones, los Estados podrían tener un margen de discreción en seguir dichos "pronunciamientos autorizados".[35] Por otro lado, si la decisión del Comité no es vinculante, este órgano cuasi-judicial debería atender a dicho factor al momento de definir estándares de escrutinio estricto o de deferencia. Si el Comité no quiere ser desoído, no puede "abusar" de su autoridad persuasiva, toda vez que depende de la buena fe de los Estados para el cumplimiento de sus decisiones. En otras palabras, para maximizar el cumplimiento de sus decisiones, el Comité debiese estratégicamente definir con claridad en qué casos debe aplicarse un escrutinio estricto –especialmente aquellas que son de un núcleo duro de derechos humanos– y en qué casos debe deferir a la decisión estatal. En el primer grupo de casos encontraremos la protección vigorosa del discurso político o de la intimidad sexual de las personas, mientras que en el segundo grupo hallaremos casos de criminalización del discurso de odio o regulaciones de la libertad de culto. Los ejemplos de la jurisprudencia del Comité son analizados en la siguiente sección. Con estas consideraciones, debemos examinar las bases normativas para una teoría de deferencia internacional en el marco de las decisiones del Comité.

[35] Sin perjuicio que, con independencia de la decisión del Comité, la conducta del Estado constituya *en sí* una violación al Pacto. El problema, evidentemente, es la calificación de dicha antijuridicidad y quién es el autorizado para calificarla.

4. Diálogo, deferencia y el Comité de Derechos Humanos

Corresponde analizar la jurisprudencia del Comité, para efectos de determinar si existen bases normativas para una teoría de deferencia que pueda articular un diálogo entre este órgano internacional y los jueces estatales. Tal tarea requiere explicar mínimamente la noción de deferencia.

La deferencia internacional ha sido estudiada, en clave comparada, profusamente en el sistema europeo e, incipientemente, en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos.[36] La literatura se ha enfocado en el análisis de la doctrina del "margen de apreciación" para comprender cómo opera la deferencia internacional en relación a la discreción nacional en materia del Derecho internacional de los derechos humanos.[37] El margen de apreciación (en adelante, "MDA") es una creación jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH"). Esta doctrina ha sido definida como "la noción que cada sociedad tiene derecho a cierta latitud al resolver los conflictos inherentes entre derechos individuales e intereses

[36] Contreras, P., "National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and the Inter-American court of human rights", en *Northwestern Journal of International Human Rights*. Vol. 11, No. 1, 2012, pp. 28-82. Para el contexto europeo, *véase* Yourow, C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Londres, Ed. Kluwer Law International, 1996, pp. 15 y ss.; Arai-Takahashi, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford, Intersentia, 2002; Letsas, G., "Two concepts of the margin of appreciation", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, 2006, pp. 705-732. Para el caso interamericano, *véase* Acosta *et al.* (coord.), *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2012, 385 pp.

[37] García Roca, J., "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración", en *Teoría y Realidad Constitucional*, Vol. 20, 2007, pp. 117-143.

nacionales o entre diferentes convicciones morales".[38] Este estándar de revisión judicial ha sido empleado en numerosas oportunidades por el TEDH y, excepcionalmente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[39]

Sin perjuicio de la relevancia de la doctrina del margen de apreciación, la literatura no ha prestado atención a la forma como opera la deferencia internacional en otros contextos[40] y, especialmente, bajo el marco del Pacto. El impacto de este tratado no puede ser minimizado: siendo parte de la *Carta Internacional de Derechos Humanos*,[41] puede ser ratificada por cualquier Estado y, potencialmente, puede llegar a cubrir a todas las personas alrededor del mundo.[42] Por ello, es relevante examinar qué espacio existe para

[38] Benvenisti, E., "Margin of appreciation, consensus and universal standards", en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 843-844.

[39] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha empleado explícitamente la doctrina del MDA en dos oportunidades. *Véase* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, (ser. A) No. 4 (Ene. 19, 1984) y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Sentencia de objeciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (ser. C) No. 107 (Jul. 2, 2004). Para el análisis de estas decisiones, *véase* Contreras, *cit.*, pp. 57 y ss.

[40] Quizás la única excepción se halla en Legg, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law, Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

[41] La *Carta Internacional de Derechos Humanos* está compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos (Res. A.G. 217A, O.N.U GAOR, 3a Ses., 1er plen. mtg., U.N. Doc. A/810 (Dec. 12, 1948)), el Pacto y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *abierto a la firma*, Dic. 19, 1966, 993 U.N.T.S. 3. *Véase* Humphrey, J., "The international bill of rights: scope and implementation", en *William & Mary Law Review*, Vol. 17, 1976, p. 527; Kabasakal, Z., "Forging a Global Culture of Human Rights: Origins and Prospects of the International Bill of Rights", *Human Right Quarterly*, Vol. 28, 2006, p. 416; Young, K., *The Law and Process of the U.N. Human Rights Committee*, Washington D.C., Hotei Publishing, 2002, 400 pp.

[42] Conte & Burchill, *cit.*, p. 3: "Ya que el Pacto es de potencial aplicación

una doctrina de deferencia en el marco de las interpretaciones del Comité de Derechos Humanos.

4.1. Rechazo a la aplicación literal de la doctrina del margen de apreciación

El Comité se ha negado a incorporar explícitamente la doctrina del margen de apreciación (en adelante, "MDA"). Algunos Estados Partes han respondido las comunicaciones individuales en contra de ellos y han alegado el MDA como uno de los fundamentos jurídicos para restringir ciertos derechos bajo el Pacto.[43] A pesar de ello, el Comité no ha incorporado la doctrina en cuanto tal. En algunos de los casos que aquí se revisan, respecto de los derechos de las minorías establecidos en el artículo 27 del Pacto,[44] se observa cómo el Comité ha creado nuevos estándares de revisión judicial. Aun cuando no ha incorporado el uso literal del MDA, ha definido el alcance de las obligaciones del artículo 27 de manera

mundial, ocasionalmente es nombrado como uno de los instrumentos universales [de Naciones Unidas]».

[43] Véase Comité de Derechos Humanos, *Ilmari Länsman et al. v. Finlandia*, Comm. No. 511/1992, Nov. 8, 1994, pár. 7.13. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws511.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013]; *Kall v. Polonia*, Comm. No. 552/1993, Jul. 7, 1997, pár. 10.3. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/552-1993.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013]; Comité de Derechos Humanos, *Mohamed El-Hichou v. Dinamarca*, Comm. No. 1554/2007, Jul. 7, 2010, pár. 4.2. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1554-2007.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013]; Comité de Derechos Humanos, *Panagiotis A. Schremelis et al. v. Grecia*, Comm. No. 1507/2006, Oct. 25, 2010, pár. 8.2. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1507-2006.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

[44] "Artículo 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

tal que permite cierta deferencia para las autoridades nacionales. Esto se explica a continuación.

Las comunicaciones individuales sobre la potencial violación del artículo 27 del Pacto son particularmente útiles para explicar el reemplazo del MDA por estándares alternativos de deferencia internacional. Dicho precepto establece el derecho de las minorías a gozar de su "propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma". En *Ilmari Länsman et al. v. Finlandia ("Länsman I")*, el gobierno alegó que los Estados son soberanos y libres para desarrollar y promover actividades comerciales. Los autores de la comunicación eran criadores de renos de un particular grupo étnico en Finlandia y sostenían que su derecho a gozar de su propia cultura sería afectada si se autorizaba una cantera para la extracción de piedra en ciertas áreas de su territorio comunitario. La empresa, además, tenía que transportar la piedra a través de algunas de las vallas que cercaban a los renos. En opinión de los peticionarios, tanto la extracción como el transporte de las piedras afectaba las actividades de rebaño y pastoreo de renos.

En la interpretación de los presupuestos del artículo 27 del Pacto –especialmente, en relación a la restricción del derecho– Finlandia alegó que un "margen de discreción debe ser reservado a las autoridades nacionales".[45] El Estado citó la doctrina del TEDH en la materia y afirmó que "el juez nacional se encuentra en una mejor posición que el juez internacional para tomar una decisión" de esta naturaleza.[46] Sin embargo, el Comité no acogió tal razonamiento y sostuvo lo siguiente:

[45] Comité de Derechos Humanos, *Ilmari Länsman et al. v. Finlandia* ("*Länsman I*"), Comm. No. 511/1992, Nov. 8, 1994, pár. 7.13. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws511.htm [última visita efectuada noviembre 6, 2013].

[46] *Id.*

> "Un Estado puede comprensiblemente buscar estimular el desarrollo o permitir actividades empresariales. *El marco de esta libertad para hacerlo no debe ser fijado en referencia a un margen de apreciación, sino que en relación a las obligaciones que emanan del artículo 27.* El artículo 27 exige que un miembro de una minoría no sea privado de su derecho a gozar de su propia cultura. Por tanto, medidas cuyo impacto signifiquen una negación del derecho, no serán compatible con las obligaciones bajo el artículo 27. Sin embargo, aquellas medidas que tengan un *impacto limitado en el modo de vida* de las personas pertenecientes a una minoría no constituirían necesariamente una negación bajo el artículo 27".[47]

Es importante hacer notar dos elementos. Primero, el Comité no incorpora explícitamente la doctrina del MDA para examinar la conducta del Estado Parte, en conformidad a lo dispuesto en el Pacto. Por el contrario, el Comité se aboca a escudriñar el contenido normativo del artículo 27 y las obligaciones internacionales que genera. En segundo lugar, el Comité no niega la posibilidad que el Estado imponga restricciones legítimas al derecho establecido en el artículo 27. Esto es fundamental para un estudio de la deferencia internacional: pese a que el Comité no aplica la doctrina del MDA –tal como ha sido desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– la decisión igualmente habilita cierto margen de discrecionalidad estatal en la promoción de actividades económicas. Los Estados deben proteger el derecho establecido en el artículo 27 y sólo un "impacto limitado en el modo de vida" de las personas que pertenecen a una minoría sería admisible, bajo la supervisión internacional del Comité. El test de "impacto limitado" implica, básicamente, una examinación de grado en atención al caso concreto, en virtud del cual se atiende a los factores que afectan la forma de vida de las minorías. No podría, por tanto, ser analizado en abstracto. En cualquier caso, dichas restricciones

[47] Comité de Derechos Humanos, *Ilmari Länsman et al. v. Finland, cit.*, pár. 9.4, énfasis agregado.

siempre quedan bajo la competencia del Comité, a efectos de su escrutinio internacional. En *Länsman I*, el Comité sostuvo que "la actividad en cuestión no era sustancial como para impactar en el derecho a gozar de la propia cultura de los peticionarios".[48] En consecuencia, se determinó que no hubo una violación del artículo 27.

La decisión afectó la forma en que los casos de derechos de la minorías serían decididos por el Comité. Por ejemplo, en un caso promovido por un grupo de Maoríes en contra de Nueva Zelanda, se alegó que el Estado violó el artículo 27 del Pacto, al modificar o caducar legalmente los derechos y las cuotas de pesca actualmente en vigor.[49] El Comité afirmó que "el derecho a gozar de la propia cultura no puede ser determinado *in abstracto* y que debe situarse en un contexto".[50] Para examinar la compatibilidad de la nueva regulación de pesca con el Pacto, el Comité recordó lo que había señalado respecto de la doctrina del MDA en *Länsman I*.[51] Luego de considerar los hechos del casos, el Comité consideró que no había violación del artículo 27. En un caso posterior, *Jouni Lansman et al. v. Finlandia* ("*Länsman II*"), el Estado argumentó que las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho del artículo 27 para desarrollar actividades de explotación de recursos naturales, eran válidas puesto que sólo ocasionaban un "impacto limitado" en el derecho de las minorías.[52] El caso involucraba la supervivencia de la ganadería de renos, como parte de la cultura de la minoría

[48] Conte & Burchill, *cit.*, p. 277.

[49] Comité de Derechos Humanos, *Apirana Mahuika et al. v. Nueva Zelanda*, Comm. No. 547/1993, Oct. 27, 2000. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/547-1993.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

[50] *Id.*, pár. 9.4.

[51] *Id.*, citando a Comité de Derechos Humanos, *Ilmari Länsman et al. v. Finlandia, cit.*, pár. 9.4.

[52] Comité de Derechos Humanos, *Jouni Länsman et al. v. Finlandia*, Comm.

Sami en Finlandia. Nuevamente, la Observación del Comité examinó el alcance de las obligaciones del Estado bajo el artículo 27, sin referencia alguna al MDA. El Comité consideró que las medidas adoptadas por el Estado no representaba una amenaza para el derecho de los peticionarios.[53]

Estos son los únicos casos en que la expresión "margen de apreciación" aparece, en su literalidad, dentro de los razonamientos del Comité. Las Observaciones, sin embargo, denotan la reticencia a aplicar, al menos literalmente, la doctrina del MDA.[54] Es interesante observar que dicha doctrina no es citada fuera de los casos del artículo 27 del Pacto.[55] Sin perjuicio de lo anterior, el Comité

No. 671/1995, Oct. 30, 1995, pár. 6.5-6.7. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/VWS67158.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

[53] *Id.*, pár. 10.7. El Comité, sin embargo y como *obiter dictum*, manifestó su preocupación sobre la práctica del Estado. Específicamente, señaló que tenía conocimiento "de que se estaban planificando e implementando otras exploraciones de gran escala afectando el medio ambiente, como la extracción de piedra, en el área en donde el pueblo Sami habita. Aunque en la presente comunicación, el Comité ha concluido que los hechos del caso no revelan una violación de derechos de los autores, el Comités estima importante señalar que el Estado Parte debe tener en cuenta que, si bien tales actividades aisladamente pueden no configurar una violación del artículo 27, éstas, en conjunto, pueden menoscabar los derechos de los Sami a gozar de su propia cultura". (*Id.*).

[54] Véase a LEGG, *cit.*, pp. 34-35 (afirmando que "la terminología del margen de apreciación parece haber sido evitada" y que los "Estados han continuado apoyando tesis de deferencia ante el [Comité] pero, en general, han evitado utilizar la terminología de 'margen de apreciación'").

[55] Excepto por las ocasionales invocaciones que hacen los Estados Partes. Véase Comité de Derechos Humanos, *Ilmari Länsman et al. v. Finlandia*, Comm. No. 511/1992, Nov. 8, 1994, pár. 7.13. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws511.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013]; *Kall v. Polonia*, Comm. No. 552/1993, Jul. 7, 1997, pár. 10.3. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/552-1993.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013]; Comité de Derechos Humanos, *Mohamed El-Hichou v. Dinamarca*, Comm. No. 1554/2007, Jul. 7, 2010, pár. 4.2. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1554-2007.html [última visita efectuada noviembre 6, 2013]; Comité de Derechos Humanos, *Panagiotis A. Schremelis et al. v. Grecia*, Comm. No. 1507/2006, Oct. 25, 2010, pár. 8.2.

ha desarrollado un estándar para supervisar las potenciales vulneraciones al artículo 27. El test corresponde a evaluar el "impacto" que determinadas actividades económicas o regulaciones estatales pueden tener sobre los derechos de las minorías. El "impacto limitado" habilita una esfera de discreción nacional en la armonización de los derechos de las minorías con el desarrollo económico. Debe destacarse que el Comité no encontró una violación del derecho en cuestión en ninguna de las Observaciones citadas más arriba.[56] La conclusión refuerza la latitud que el Comité ha reservado a los Estados Parte en la regulación de las actividades económicas que puede impactar en la vida y cultura de grupos minoritarios.

4.2. El concepto de "margen de discreción"

Quizás el más claro ejemplo de deferencia internacional se puede encontrar en la Observación de *Hertzberg et al. v. Finlandia*.[57] Los autores de la comunicación denunciaban cinco situaciones en las que las autoridades nacionales habían restringido la libertad de expresión ya sea censurando a programas de radio y televisión que versaban sobre asuntos de homosexualidad o sancionando a sus participantes.[58] El Código Penal de Finlandia, en su momento, castigaba las conductas que "violaran la moral sexual"

Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1507-2006.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

[56] Sobre el récord de casos de pueblos indígenas ante el Comité, revísese a MacKay, F., "Guía sobre los derechos de los pueblos indígenas y el comité de los derechos humanos de las Naciones Unidas". Disponible en: http://odhpi.org/wp-content/uploads/2012/08/COMITE-DDHH-Y-PUEBLOS-INDIGENAS.pdf [fecha de consulta: 4 de julio de 2013].

[57] Comité de Derechos Humanos, *Hertzberg et al. v. Finlandia*, Comm. No. 61/1979, Abr. 2, 1982. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/newscans/61-1979.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

[58] *Id.*, pár. 2.1.

o que promoviesen un "comportamiento indecente entre personas del mismo sexo". Dicha legislación configuraba el marco jurídico para perseguir y acusar penalmente a los editores de los programas de radio y televisión que difundiesen asuntos relacionados con la homosexualidad y habilitaba la censura de las radioemisoras y las señales de televisión.[59] Los autores de la comunicación cuestionaron la validez de la legislación ante el Comité, pero éste se negó a una revisión *in abstracto* de la compatibilidad de la norma nacional con el Pacto.[60] En relación al fondo del asunto, el Comité examinó la restricción del derecho con las obligaciones del Estado Parte. Dos shows fueron censurados y el Estado argumentó que tal medida era necesaria para proteger la "moral pública," de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19.3, letra b) del Pacto.[61] El Comité reconoció que requería de más información sobre el contenido de los shows censurados para emitir una opinión fundada. No obstante, señaló claramente que la comprensión de la "moral pública difiere ampliamente" y que "no existe un estándar universal común aplicable" en este asunto.[62] La Observación dispuso que "un cierto

[59] *Id.*, pár. 2.2-2.5.

[60] *Id.*, pár. 9.3.

[61] "Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».

[62] *Hertzberg et al. v. Finlandia, cit.*, pár. 10.3.

margen de discreción debe ser reservado a las autoridades nacionales responsables," admitiendo que algunas restricciones estarían justificadas para prevenir los "dañinos efectos sobre menores [que] no pueden ser excluidos".[63]

En *Hertzberg*, el Comité empleó el concepto de "margen de discreción" para justificar la restricción a la libertad de expresión de los autores de la comunicación. Aunque diferente en su nomenclatura, el contenido del concepto se asemeja a la doctrina del MDA desarrollada por el TEDH. En efecto, el "margen de discreción" provee de una esfera de discreción nacional sobre la definición del contenido de la moral como finalidad legítima para restringir derechos humanos, tales como la libertad de expresión. Algunos autores han señalado que el Comité ha "coqueteado" con la doctrina del MDA en este caso en particular.[64] Tal posición tiene cierto apoyo en la misma jurisprudencia del TEDH, que ha actuado deferentemente respecto de las autoridades nacionales en casos sobre blasfemia y la protección de la moral pública.[65] En dichos casos, el TEDH decidió deferentemente, reservando el

[63] *Id.*, pár. 10.4.

[64] CONTE & BURCHILL, *cit.*, p. 43. En una posición similar SHANY, Y., "Toward a general margin of appreciation doctrine", en *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2006, p. 929.

[65] En los casos de blasfemia, *véase* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, App. No. 13470/87, Sept. 20, 1994. Disponible en http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57897 [última visita efectuada Noviembre 6, 2013]; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Wingrove v. United Kingdom*, App. No. 17419/90, Nov. 25, 1996. Disponible en http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58080 [última visita efectuada Noviembre 6, 2013]. En materia de moralidad pública, el caso emblemático es Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Handyside v. United Kingdom*, App. No. 5493/72, Dic. 7, 1976. Disponible en http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499 [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

juicio inicial –en estas materias– a las autoridades internas pero, a la vez, reservándose las facultades de supervisión internacional.

La *ratio decidendi* de *Hertzberg* ha sido considerada como una de las escasas oportunidades en que el Comité ha aplicado un análisis de MDA en la interpretación del contenido normativo de los derechos del Pacto. Andrew Legg es uno de los autores en esta línea.[66] Conte y Burchill, refiriéndose en general a la aplicación del MDA en las Observaciones del Comité, estiman que en los casos en que el Comité ha brindado deferencia internacional no pueden ser equiparados en plenitud con el MDA del TEDH.[67] Otros autores comparten esta posición.[68] Parecería ser, entonces, que la interpretación de la "moral pública" y el mentado "margen de discreción" en *Hertzberg* debe ser entendido en relación a los hechos del caso (siempre considerando la antigüedad del caso, decidido en 1982).

En decisiones posteriores, el Comité ha reducido la discreción reservada a las autoridades estatales en la apreciación de la moral, como causal restrictiva de derechos, especialmente de personas LGTB. En *Toonen v. Australia*, el Comité sostuvo que "no [se] puede aceptar que [...] las cuestiones de moral constituyan exclusivamente un asunto de preocupación para el país en cuestión, ya que ello permitiría que se eliminase de la lista de asuntos que ha de examinar el Comité un número potencialmente grande de leyes que representan una injerencia en la vida privada".[69] Al interpretar la cláusula de moral del artículo 19, el Comité explicó

[66] Legg, *cit.*, pp. 33-34.

[67] Conte & Burchill, *cit.*, p. 44.

[68] Véase, por ejemplo, Gandhi, P.R., *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication: Law and Practice*. Londres, Dartmouth Pub Co., 1998, p. 14 (citando a Rosalyn Higgins, quien sugiere que el Comité se ha negado a aplicar la doctrina del MDA).

[69] Comité de Derechos Humanos, *Toonen v. Australia*, Comm. No. 488/1992, Mar. 31, 1994, 8.6. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws488.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

que dicho concepto debe ser siempre entendido "en el contexto de la universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación".[70] No hay referencia alguna al denominado "margen de discreción" en la Observación.

Recientemente, al tratar el problema de libertad de expresión y minorías sexuales, el Comité fortaleció el estándar de revisión internacional. En *Fedotova v. Federación Rusa*, una lesbiana fue condenada a pagar una multa por exhibir letreros apoyando conductas homosexuales en las cercanías de un colegio.[71] La legislación nacional prohibía estas conductas.[72] El Comité citó su Observación General No. 34 sobre Libertad de Expresión y procedió a revisar la restricción al derecho en cuestión y la potencial discriminación legal en contra de activistas LGBT. El Estado invocó la protección de la moral y la salud públicas y los derechos y los legítimos intereses de menores, para efectos de justificar la legislación. Sin embargo, el Comité estimó que Rusia no había demostrado que "una restricción de la libertad de expresión en relación con la 'propaganda de homosexualidad' frente a menores –en contraposición a la propaganda de heterosexualidad o de la sexualidad en general– se basara en criterios razonables y objetivos. Es más, no existe evidencia que demuestre la existencia de factores justi-

[70] Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 34*, *cit.*, pár. 32.

[71] Comité de Derechos Humanos, *Fedotova v. Russian Federation*, Comm. No. 1932/2010, Oct. 31, 2012. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CaseLaw/CCPR-C-106-D-1932-2010.doc [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

[72] La ley disponía lo siguiente: "Conductas públicas con objetivos de propaganda de la homosexualidad (actos sexuales entre hombres o lesbianismo) frente a menores, será castigado con una multa administrativa que va desde mil quinientos y dos mil rublos". Citado en *id.*, pár. 2.3.

ficando tal distinción".[73] Es importante destacar que el Comité reconoció el rol del Estado en la protección del bienestar de los menores pero determinó que, en este caso, el Estado no acreditó que las medidas restrictivas fueren necesarias para la protección de tal fin.[74] El derecho de la peticionaria fue afectado por expresar "su identidad sexual" y ello constituyó una violación al artículo 19 del Pacto, incluso si –como alegó Rusia– se hubiese intentado involucrar a menores en discusiones de temas relacionados con la homosexualidad.[75] Tanto *Toonen* como *Fedotova* demuestran cómo el estándar de supervisión del Comité ha ido cambiando. Al interpretar la cláusula de moral como límite a la libertad de expresión, el Comité intensifica su escrutinio y reduce la esfera de discreción nacional para restringir tal derecho.

Para concluir esta parte, debemos afirmar que el Comité ha rechazado la aplicación de la doctrina del MDA, al menos, en su fórmula literal. En los casos relacionados con los derechos de las minorías, se observa que si bien el Comité se ha referido al MDA, éste ha desechado su empleo y ha procedido a fijar estándares autónomos para la revisión del cumplimiento de las obligaciones del Pacto. Como se trata de los pocos casos en que el concepto de MDA aparece explícitamente, es razonable asumir que el Comité ha preferido evitar su incorporación en sus Observaciones. En otros casos, el Comité ha usado el concepto de "margen de discreción" que pareciera ser similar a la doctrina del MDA. En sus primeras Observaciones, el Comité decide comunicaciones relacionadas a los derechos de personas LGBT, otorgando deferencia a los Estados Partes en la regulación nacional. *Hertzberg* es el caso que demuestra esta doctrina. Sin embargo, la jurisprudencia cambia

[73] *Id.*, pár. 10.6.
[74] *Id.*, pár. 10.8.
[75] *Id.*

ostensiblemente con el paso de los años, reduciendo el espacio de discreción nacional. Tanto *Toonen* como *Fedotova* muestran cómo se ha encogido la deferencia internacional en estas materias. La revisión de estos casos da pie para investigar otros estándares que emplea el Comité en su jurisprudencia, con el objeto de articular el escrutinio internacional y la discreción estatal. La siguiente sección se aboca a ello.

4.3. Otros estándares de deferencia

Fuera de la doctrina del MDA y la excepcional aplicación del "margen de discreción", el análisis de la deferencia internacional debe radicarse preferentemente en algunas aplicaciones del principio de proporcionalidad. Si bien, por motivos de espacio, no podemos revisar en detalle la jurisprudencia del Comité en materia de proporcionalidad, ejemplos de libertad de expresión y libertad religiosa permiten analizar la deferencia desde el nivel internacional del Pacto.

4.3.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Uno de los grupos de casos más relevantes en materia de discreción nacional, dice relación con las restricciones a la libertad de expresión. Como es sabido, la libertad de expresión admite restricciones que han sido prescritas por la ley, que persiguen una finalidad legítima establecida en el artículo 19(3) y que sea necesaria para alcanzar uno o más de estos fines.[76]

Los casos de libertad de expresión pueden ser divididos en dos grupos, en relación a la intensidad del escrutinio internacional. El primer grupo engloba los casos de protección del discurso político. Aquí, el Comité tiende a intensificar su estándar de revisión internacional y sólo permite, siquiera, una reducida deferencia a las

[76] Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 34*, *cit.*

autoridades nacionales. El segundo grupo es distinto y posee un estándar más laxo de supervisión internacional de las restricciones. Casos de discurso del odio (*hate speech*) pueden ser agrupados aquí. Lo mismo pasa con cuestiones moralmente controversiales, tal como discutimos a propósito del caso *Hertzberg*, aunque luego el Comité cambiase de criterio en *Fedotova*.[77] En esta parte del texto se proveen de ejemplos en ambos grupos de casos, con el objeto de explicar las diferencias en términos de supervisión internacional.

a) *Discurso político.* Un buen ejemplo de este primer grupo de casos se encuentra en Marqués de *Morais v. Angola*. El Comité tenía que resolver si la condena de un periodista por haber criticado al Jefe de Estado en Angola, se encontraba conforme a lo dispuesto al artículo 19 del Pacto, entre otras disposiciones. El Comité precisó que la libertad de expresión "incluye el derecho de los individuos a criticar o evaluar abierta y públicamente sus Gobiernos, sin el miedo de interferencia o castigo".[78] A partir de tal premisa, sostuvo que el requisito de "necesidad" del artículo 19(3) "implica un elemento de proporcionalidad" y, por tanto, "el alcance de la restricción impuesta a la libertad de expresión debe ser proporcional al valor que la restricción busca proteger".[79] La Observación prosigue precisando el examen de proporcionalidad en casos de discursos políticos. Para ello atiende al rol "primordial" que cumple la libertad de expresión en las sociedades democráticas.[80] El autor de la comunicación fue condenado a seis meses

[77] Véase *supra* 4.2.

[78] Comité de Derechos Humanos, *Marqués de Morais v. Angola*, Comm. No. 1128/2002, Mar. 29, 2005, pár. 6.7. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1128-2002.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

[79] *Id.*, pár. 6.8.

[80] El Comité citó la *Observación General No. 25*: "La libre comunicación de información e ideas acerca de las cuestiones públicas y políticas entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes elegidos es indispensable para garantizar el pleno ejercicio

de prisión –siendo suspendidos en su aplicación por el plazo de 5 años– y se ordenó pagar una elevada suma de dinero, por un lado, como indemnización de perjuicios y, por el otro, como costas judiciales. Sobre la base de la condena efectiva, el Comité estimó que tal restricción era innecesaria: "la severidad de las sanciones impuestas sobre el autor no pueden ser consideradas como una medida proporcional para proteger el orden público o el honor y la reputación del Presidente, una figura que, en cuanto tal, está sujeta a crítica y oposición".[81] En conclusión, el Comité encontró una violación al artículo 19 del Pacto.

En materias de libertad de expresión, el Comité ha señalado que las restricciones deben satisfacer un "estricto test de justificación". Al parecer, dicha expresión fue usada, por primera vez, en *Park v. República de Corea*.[82] La cuestión jurídica que debía resolverse en *Park* era si el Acta de Seguridad Nacional del Estado era compatible con los preceptos del Pacto sobre libertad de expresión. El autor de la comunicación fue condenado por haber participado en un grupo donde se mantenían discusiones sobre la paz y la reuni-

de los derechos amparados por el artículo 25. Ello comporta la existencia de una prensa y otros medios de comunicación libres capaces de comentar cuestiones públicas sin censura ni limitaciones, así como de informar a la opinión pública. Requiere el pleno disfrute y respeto de los derechos garantizados en los artículos 19, 21 y 22 del Pacto, incluida la libertad de participar en actividades políticas individualmente o a través de partidos políticos y otras organizaciones, la libertad de debatir los asuntos públicos, de realizar manifestaciones y reuniones pacíficas, de criticar o de oponerse al gobierno, de publicar material político, de hacer campaña electoral y de hacer propaganda política". Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 25. La Participación en los Asuntos Públicos y el Derecho a Voto (Artículo 25)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, Jul. 12, 1996, pár. 25. Esta dimensión democrática es repetida en Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 34, cit.*, pár. 20.

[81] Comité de Derechos Humanos, *Marqués de Morais v. Angola, cit.*, pár. 6.8.

[82] Comité de Derechos Humanos, *Park v. República de Corea*, Comm. No. 628/1995, Nov. 3, 1998, pár. 10.3. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session64/view628.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

ficación. El Comité consideró que las restricciones a la libertad de expresión deben satisfacer el "estricto test de justificación". En los hechos del caso, el Comité "notó que el Estado Parte ha invocado la seguridad nacional, al referirse a la situación general del país y la amenaza representada por 'comunistas norcoreanos'".[83] Pero la mera invocación de un objetivo legítimo y una referencia genérica al contexto no se consideró suficiente para justificar la medida. El Comité destacó que Corea "falló en especificar la *naturaleza precisa* de la amenaza".[84] La doctrina ha agregado que el Estado debe también demostrar "cómo la limitación [del derecho] consigue disipar tal amenaza".[85] El Comité estimó que una referencia genérica al contexto político e internacional del Estado Parte era insuficiente para justificar las restricciones impuestas y, por tanto, falló en satisfacer el test descrito, lo que generó la declaración de violación del Pacto.

Otros casos son decididos en forma similar. Las comunicaciones relacionadas con opiniones políticas y críticas a los gobiernos son severamente supervisadas y se emplea, en general, la referencia al "estricto test de justificación".[86] Buenos ejemplos se pueden encontrar en las comunicaciones seguidas contra Bielorrusia. En *Velichkin v. Bielorrusia*, se detuvo a un activista de derechos humanos por distribuir copias de la Declaración Universal de Derechos Humanos, para posteriormente ser multado con una importante suma de dinero.[87] De acuerdo a la Observación, el Estado falló en

[83] Comité de Derechos Humanos, *Park v. República de Corea*, *cit.*, pár. 10.3.

[84] *Id.*

[85] Conte & Burchill, *cit.*, p. 87.

[86] Véase Comité de Derechos Humanos, *Laptsevich v. Bielorrusia*, Comm. No. 780/1997, Apr. 13, 2000, pár. 8.2. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session68/view780.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

[87] El equivalente a 20 salarios mínimos mensuales. Comité de Derechos Humanos, *Velichkin v. Bielorrussia*, Comm. No. 1022/2001, Oct. 20, 2005, pár. 7.2.

justificar la "naturaleza específica" de la amenaza al orden público y, consecuentemente, el Comité determinó que hubo una violación a la libertad de expresión contenida en el artículo 19 del Pacto.[88] En *Korneenko y Milikenvich v. Bielorrusia*, el Comité estimó que la incautación y destrucción de panfletos políticos era desproporcionada.[89] El Estado Parte sólo arguyó que la medida restrictiva era lícita y conforme a la legislación nacional. Sin embargo, el Comité consideró que tales razones, por sí solas, no eran suficientes para justificar una restricción sobre la libertad de expresión.

Una revisión de estos casos emblemáticos demuestra que el Comité ejercita una supervisión atenta y cercana a las restricciones al discurso político, protegido por la libertad de expresión. Aunque no se trata de un derecho absoluto, la discreción nacional debe satisfacer un "estricto test de justificación" a la hora de restringir el derecho del artículo 19 del Pacto. La deferencia, por tanto, es reducida o nula.

b) *Otros tipos de discurso.* El Comité ha decidido otros casos que se refieren a los límites a la libertad de expresión. Para el objeto de este texto, será suficiente ilustrar cómo varían los estándares de escrutinio internacional en materia de discurso del odio (*hate speech*). En esta materia, cabe señalar que el Pacto establece una disposición especial. El artículo 20 establece que "[t]oda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley" y que "[t]oda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya

Disponible en http://www.wfrt.org/humanrts/undocs/1022-2001.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

[88] *Id.*, pár. 7.3.

[89] Comité de Derechos Humanos, *Korneenko y Milikenvich v. Bielorrusia*, Comm. No. 1553/2007, Mar. 20, 2009, pár. 8.3. Disponible en http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2009.03.20_Korneenko_v_Belarus.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley".[90] Aunque los casos de discurso de odio podrían haber sido resueltas bajo el artículo 20 del Pacto, el Comité ha decidido revisarlos bajo el esquema de restricciones del artículo 19(3). A continuación, se desarrolla el impacto que tiene el artículo 20 en la discreción de las autoridades estatales, junto al examen de los casos en que el Comité ha adoptado un enfoque más deferente en relación con los Estados Partes.

Pese a la prohibición explícita establecida en el artículo 20, los casos que podrían haber sido subsumidos en tal disposición han sido resueltos bajo el esquema general de corrección de los límites a la libertad de expresión, del artículo 19. En *Faurisson v. Francia*, un ciudadano francés fue condenado por negar la existencia del Holocausto.[91] La legislación francesa disponía como delito, sancionado con multa, "impugnar la existencia de la categoría de crímenes contra la humanidad, definidos en la Carta de Londres de 8 de agosto de 1945".[92] El Comité asumió gran parte de los argumentos presentados por el Estado Parte y estimó que la restricción era necesaria para "servir en la lucha contra el racismo y el antisemitismo".[93] En este caso, el Comité estimó que no había una violación del artículo 19. La decisión básicamente brindó deferencia al Estado para que éste garantice que la comunidad judía

[90] Artículo 20 del Pacto.

[91] *Faurisson v. Francia*, Comm. No. 550/1993, Nov. 8, 1996. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/VWS55058.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013]. Faurisson sostuvo, primero, "tengo excelentes razones para no creer en la política de exterminio de judíos o en las cámaras de gases mágicas" y, segundo, "me gustaría ver al 100 por ciento de los ciudadanos franceses que se den cuenta que el mito de las cámaras de gases es una fabricación deshonesta". *Id.*, pár. 9.5.

[92] *Id.*, pár. 2.3.

[93] *Id.*, pár. 9.7.

pueda vivir "libre del miedo de una atmósfera antisemítica".[94] Cabe señalar que tres miembros del Comité concurrieron al voto de mayoría y consideraron que, en el contexto de Francia, las expresiones de Faurisson constituyeron una incitación al antisemitismo. Por tanto, según estos miembros del Comité, la legislación francesa estaba en concordancia con el artículo 20 del Pacto y ésta era la razón de por qué debía ser rechazada la comunicación en el fondo.[95]

El segundo caso se relaciona con el despido de un profesor por expresiones antisemíticas. En *Ross v. Canadá*, el Comité se abocó a la cuestión jurídica en forma similar a lo resuelto en *Faurisson*.[96] Así, determinó que la medida adoptada por el Estado Parte buscaba proteger la finalidad legítima de proteger los derechos y la reputación de terceros. Específicamente, el Comité sostuvo que las afirmación de Ross "eran discriminatorias en contra de personas de religión judía" y concluyó que la restricción de la libertad de expresión era compatible para proteger sus derechos y "el derecho a tener una educación en un sistema escolar público que sea libre de prejuicios, estereotipos e intolerancia".[97] Al considerar las razones para rechazar la comunicación, el Comité recalcó la "influencia" que los profesores de escuelas ejercen sobre sus estudiantes. Esta influencia, tal como señala la Observación, "puede justificar restricciones con el objeto de asegurar que no se le dé legitimidad a la expresión de ideas que son discriminatorias, por parte del

[94] *Id.*, pár. 9.6.

[95] *Id.*, opinión concurrente de los Comisionados Elizabeth Evatt y David Kertzmer, co-firmada por Eckart Klei, pár. 5-6.

[96] Comité de Derechos Humanos, *Ross v. Canadá*, Comm. No. 736/1997, Oct. 18, 2000, pár. 11.2 (examinando los requisitos del artículo 19(3) para restringir la libertad de expresión). Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/736-1997.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

[97] *Id.*, pár. 11.5.

sistema escolar".[98] La decisión concluyó que no existió violación del artículo 19 del Pacto.

Estos dos ejemplos ilustran cómo el Comité distingue entre tipos de discursos amparados por la libertad de expresión, a efectos de la revisión y escrutinio internacional. Las decisiones, aunque no siempre de manera explícita, brindan deferencia a las razones de los Estados y las autoridades nacionales con el objeto de proteger los derechos e intereses de terceros.

4.3.2. LIBERTAD RELIGIOSA. Las controversias sobre libertad religiosa constituyen otro grupo de casos en los que el Comité brinda deferencia internacional a las autoridades estatales. El artículo 18 del Pacto establece la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. De acuerdo al Comité, el Pacto "[n]o permite ningún tipo de limitación de la libertad de pensamiento y de conciencia o de la libertad de tener la religión o las creencias de la propia elección".[99] En la estructura del artículo 18, sólo la "libertad de *manifestar* la propia religión o las propias creencias" puede estar sujeta a las limitaciones prescritas bajo el apartado 3 de dicho precepto.[100] Nos abocaremos a los casos en que se argumentó que la libertad en cuestión fue válidamente restringida bajo el Pacto.

Uno de los casos más interesantes en materia de deferencia y esta libertad, corresponde a la prohibición drogas y estupefacientes ilícitos en relación con la práctica de ritos o ceremonias religiosas.

[98] *Id.*, pár. 11.6.

[99] Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 22. Libertad de Pensamiento, de Conciencia y de Religión (Artículo 18)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, Jul. 30, 1993, pár. 3.

[100] Comité de Derechos Humanos, *Malakhovsky & Pikul v. Bielorrusia*, Comm. No. 1207/2003, Jul. 26, 2005, pár. 7.2 (énfasis en el original). Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1207-2003.html [última visita efectuada noviembre 6, 2013].

El primer caso en que se abordó esto fue declarado inadmisible, pero es relevante tener presente los antecedentes que evaluó el Comité. Los autores de la comunicación en *M.A.B., W.A.T. y J.-A.Y.T. v. Canadá* eran miembros de la "Asamblea de la Iglesia del Universo" y argumentaron que la veneración y el consumo de *cannabis sativa* era parte de sus ritos religiosos y constituía un "sacramento".[101] En dicho Estado, la legislación penal vigente criminalizaba el uso y distribución de cannabis. El Comité se negó a entrar a conocer el mérito del asunto porque estimó que los hechos de la comunicación no constituían un problema jurídico bajo el Pacto. En particular, el Comité sostuvo que "una creencia que consiste primaria o exclusivamente en la veneración y distribución de un narcótico no puede ser subsumido bajo el alcance del artículo 18 del Pacto [...]".[102] No hay, pues, análisis del fondo o si la restricción perseguía alguna finalidad legítima.

La decisión de inadmisibilidad dejó la puerta abierta para comunicaciones de leyes antidrogas en donde el rito o la práctica religiosa no consistiere "primaria o exclusivamente" en el consumo de narcóticos ilegales. Así, un nuevo caso llegó al Comité. En *Prince v. Sudáfrica*, el Comité tuvo que decidir si la criminalización del uso de la *cannabis sativa* para las prácticas religiosas de Rastafaris, era compatible con la libertad de manifestar la propia religión.[103] El Estado argumentó, en primer lugar, que el caso debía ser declarado inadmisible teniendo como precedente lo decidido

[101] Comité de Derechos Humanos, *M.A.B., W.A.T. & J.-A.Y.T. v. Canadá*, Comm. No. 570/1993, Abr. 8, 1994, pár. 2.1. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/dec570.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

[102] *Id.*, pár. 4.2.

[103] Comité de Derechos Humanos, *Prince v. Sudáfrica*, Comm. No. 1474/2006, Oct. 31, 2007. Disponible en http://www1.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-institution/un-human-rights-committee/439-south-africa-prince-v-south-africa-2007-ahrlr-40-hrc-2007-.pdf [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

en *M.A.B., W.A.T. y J.-A.Y.T.* Sin embargo, el Comité sostuvo que este caso puede ser distinguido del anterior ya que el "Rastafarianismo es una religión bajo el sentido del artículo 18" y no se centra "primaria o exclusivamente en la veneración y distribución de un narcótico".[104] A continuación, la decisión pasa a examinar los méritos. Aquí, el Comité admite que la penalización del uso de cannabis constituye una limitación del derecho establecido en el artículo 18.[105] No obstante, al revisar el requisito de necesidad, el Comité descansó considerablemente en la argumentación del Estado Parte. Expresamente, sostuvo que

> "la conclusión del Estado Parte que la ley en cuestionamiento fue diseñada para proteger la seguridad pública, el orden, la salud, la moral o los derechos y libertades fundamentales de terceros, en base a los dañinos efectos de la cannabis, y que una excepción admitiendo un sistema de importación, transporte y distribución a los rastafaris puede constituir una amenaza al público en general, si alguna parte de la cannabis entrara en circulación general. Bajo estas circunstancias, el Comité no puede concluir que la prohibición de la posesión y uso de drogas, sin excepciones para grupos religiosos específicos, no sea proporcional y necesaria para alcanzar este objetivo".[106]

El argumento del Comité, sin emplear una noción clara de deferencia, básicamente articula una discrecionalidad estatal para perseguir los fines legítimos establecidos en el artículo 18(3) del Pacto. El Comité brinda considerable deferencia en dos cuestiones centrales de la comunicación: uno, para la determinación de los "efectos dañinos" de la posesión y uso de la cannabis para el público en general y, dos, para la determinación de los medios nacionales que puedan lograr alcanzar las finalidades legítimas que justifican las restricciones al derecho. Así, a diferencia de los casos

[104] *Id.*, pár. 6.5.
[105] *Id.*, pár. 7.3.
[106] *Id.*

revisados sobre libertad de expresión política –donde la naturaleza de la amenaza era cuidadosamente examinada–, la aproximación del Comité es considerablemente más laxa. La decisión permite que sean los Estados quienes determinen si estiman necesario o no despenalizar esta droga o establecer excepciones especiales para grupos religiosos particulares. Ello no está ordenado por el Pacto y queda en la esfera de discrecionalidad de los Estados. En *Prince*, Sudáfrica argumentó a favor de una prohibición absoluta en el uso de cannabis, aplicable a cualquier habitante del país. Asimismo, defendió que tal medida legislativa era la única solución operativa para precaver el tráfico ilegal de la droga.[107] El Comité consideró que la negativa estatal a introducir una excepción a favor de los Rastafaris no era desproporcionada para la protección de los objetivos citados por Sudáfrica.[108]

Un criterio deferencial similar puede encontrarse en causas de libertad religiosa en las que se contraponían intereses de seguridad y prevención de riesgos. En *Malakhovsky y Pikul v. Bielorrusia*,[109] los autores de la comunicación eran miembros de la comunidad Krishna y trataron sin éxito de registrar una asociación religiosa. Según la comunicación, las medidas administrativas adoptadas por el Estado habrían violado su libertad de manifestar las propias creencias, ya que el registro era necesario para divulgar y exhibir legalmente los símbolos religiosos. Bielorrusia negó el registro de la asociación por dos razones. Primero, por carecer de un domicilio legal adecuado; segundo, y más importante, porque el lugar de culto "no cumplía con los requisitos del Código de Vivienda,

[107] *Id.*, pár. 4.5-4.6.
[108] *Id.*, pár. 7.3.
[109] Comité de Derechos Humanos, *Malakhovsky y Pikul v. Bielorrusia*, Comm. No. 1207/ 2003, Jul. 26, 2005. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1207-2003.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

ya que se habían identificado varias violaciones de seguridad en materia sanitaria y de prevención de incendios".[110] El Comité aceptó rápidamente este último grupo de razones y sostuvo que los estándares de salud y seguridad públicas constituyen "una limitación necesaria para la seguridad pública y son proporcionales a esta necesidad".[111] El requisito del domicilio legal, por otro lado, fue considerado como desproporcionado, ya que el Estado había fallado en justificar cómo dicha exigencia era necesaria para alcanzar alguna de las finalidades legítimas del artículo 18(3) del Pacto.[112] El Comité distingue entre los distintos requisitos administrativos para efectuar su examen de validez de las restricciones del derecho. Condiciones básicas de seguridad de terceros es un set de razones válidas para restringir la libertad de manifestación de las propias creencias.

Por último, existe un ámbito en donde el Comité ha aplicado un test de proporcionalidad con mayor rigurosidad. En *Singh v. Francia*, tuvo que afrontar el siguiente asunto: una regulación que ordenaba que las personas apareciesen con la cabeza descubierta para fotografías de identificación en permisos de residencia fue cuestionada porque producía el efecto de prohibir el uso de un turbante Sikh, violando así la libertad religiosa.[113] El Comité recordó que, tal como lo había declarado en la Observación General No. 22, que la libertad religiosa comprende el derecho a vestir prendas religiosas distintivas y concluyó que Francia no había justificado la necesidad y proporcionalidad de la medida para proteger

[110] *Id.*, pár. 2.7.
[111] *Id.*, pár. 7.5.
[112] *Id.*, pár. 7.6.
[113] Comité de Derechos Humanos, *Singh v. Francia*, Comm. No. 1876/2000, Jul. 22, 2011. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1876-2000.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

el orden y la seguridad pública.[114] Este caso muestra una mayor intensidad en el escrutinio judicial que restringe severamente la discrecionalidad de las autoridades nacionales. El Comité parece haber confirmado su línea interpretativa en materia de libertad religiosa[115] y tiende a aplicar un estándar más "universal" al examinar estas medidas restrictivas del derecho y su proporcionalidad. Por lo tanto, la protección de la libertad religiosa se hace con independencia de la práctica de los Estados Partes del Pacto o de su consenso moral sobre el punto.

5. Conclusión

El problema del diálogo entre jueces estatales y organismos internacionales de derechos humanos debe ser entendido en su complejidad, dadas las condiciones de fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos. En este artículo he intentado analizar la extensión del diálogo entre el Comité de Derechos Humanos y los jueces estatales. La forma tradicional a partir de la cual se ha estudiado el diálogo en nuestro país es "desde abajo hacia arriba", es decir, mediante la examinación de las referencias que hacen los jueces nacionales a disposiciones o jurisprudencia internacionales. Sin embargo, queda mucho por investigar del diálogo de "arriba hacia abajo", esto es, revisando la internalización de criterios o estándares de jueces estatales por organismos o tribunales internacionales. Ambos extremos del diálogo son relevantes para determinar si existe una auténtica conversación judicial o, por el

[114] *Id.*, pár. 8.4.
[115] Véase Comité de Derechos Humanos, *Hudoyberganova v. Uzbekistán*, Comm. No. 931/2000, Ene. 18, 2005. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/931-2000.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

contrario, el fenómeno del diálogo es, en realidad, la recepción e internalización nacional de estándares internacionales.

El estudio del diálogo entre el Comité de Derechos Humanos y los jueces estatales requiere atender a la noción de deferencia internacional. En el derecho internacional de los derechos humanos, la deferencia ha sido estudiada bajo la teoría del margen de apreciación. Sin embargo, dicha doctrina es insuficiente para comprender el margen de discreción de las autoridades nacionales desarrollada a través de estándares internacionales. Esto es especialmente relevante cuando se analiza la jurisprudencia del Comité que, si bien articula estándares de deferencia, no lo hace recurriendo a la doctrina del MDA.

Respecto de los alcances del diálogo y la deferencia entre el Comité y los jueces estatales, es necesario distinguir según el tipo de fuente primaria que se trate. Una revisión de las Observaciones Generales del Comité debiese llevarnos a concluir que el Comité opera como un auto-codificador de su jurisprudencia y que presta nula atención al desarrollo de estándares domésticos sobre el cumplimiento de las obligaciones del Pacto. Las recientes Observaciones contienen abundantes auto-citas de las decisiones del mismo Comité sobre comunicaciones particulares. Por lo tanto, a nivel de las Observaciones, no se puede hablar ni de deferencia ni de diálogo entre el Comité y los jueces estatales.

La cuestión, sin embargo, no es tan sencilla cuando se examinan las comunicaciones particulares del Comité. Una revisión de su jurisprudencia debiese llevarnos a concluir tres cuestiones en relación al diálogo y la deferencia bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Primero, el Comité ha rechazado una doctrina de deferencia europea, como el MDA estatal. Para ello ha seguido un camino propio de elaboración de estándares autónomos de supervisión de las obligaciones del Pacto. El punto queda demostrado en los casos sobre derechos culturales de pueblos originarios. Segundo, en un comienzo, el Comité empleó la noción de "margen de discreción" en casos sobre derechos de personas LGTB. Sin embargo, después de *Toonen* y *Fedotova*, el Comité ha ido intensificando su estándar de escrutinio, lo que lleva a dudar sobre la vigencia del precedente original. Tercero, en otros casos, la deferencia deberá ser estudiada más cuidadosamente. Estos son los casos en que el Comité elabora un razonamiento de proporcionalidad para verificar la validez de la restricción a un derecho. En los casos de libertad de expresión, ha negado la discreción nacional "ilimitada" –los decisiones contra Corea del Sur son ejemplares en esta materia– pero ha ido admitiendo ciertos márgenes que considera "proporcionados" a una finalidad legítima establecida en el Pacto. Ejemplo de ello son los casos de sanciones al discurso del odio que han sido revisados bajo el esquema del artículo 19.3 del Pacto. Lo mismo podría decirse de ciertos casos de libertad religiosa, como cuando admitió la criminalización de la marihuana, incluso contra los derechos de fieles rastafari, o al respaldar exigencias de seguridad y salubridad para templos y oficinas religiosas. En términos amplios, el Comité entabla un diálogo con las autoridades nacionales y sus razones para la restricción de los derechos en cuestión. La deferencia brindada habilita la discreción de las autoridades nacionales. Al validar las razones para la restricción de los derechos, el Comité acepta un estándar definido inicialmente por los Estados Partes del Pacto. De esta forma, internaliza y universaliza prácticas nacionales en torno al cumplimiento de las obligaciones del Pacto.

Bibliografía

Acosta *et al.* (coord.), *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2012.

AGUILAR, G., "El Control de Convencionalidad y el Rol del Juez Nacional como Juez de los Derechos Humanos", en Nogueira, H. (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos,* Librotecnia, Santiago, 2012.

ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR,* Oxford, Intersentia, 2002.

BARBER, N., "Legal Pluralism and the European Union", en *European Law Journal,* Vol. 12, No. 3, 2006.

BENAVENTE, H., "El Juez de Control como Garante de la Convencionalidad de las Normas en el Nuevo Proceso Penal Mexicano", en *Estudios Constitucionales,* Vol. 10, No. 1, 2012.

BENVENISTI, E., "Margin of appreciation, consensus and universal standards", en *New York University Journal of International Law and Politics,* Vol. 31, 1999.

CASTILLA, K., "El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a partir de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* Vol. XI, 2011.

CONTE, A. & BURCHILL, R., *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee,* Londres, Ashgate Publishing, 2a ed., 2009.

CONTRERAS, P., "National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and the Inter-American court of human rights", en *Northwestern Journal of International Human Rights.* Vol. 11, No. 1, 2012.

DAVIDSON, S., "Intention and effect: The Legal Status of the Final Views of the Human Rights Committee", en Huscroft, G. & Rishworth, P. (eds.), *Litigating Rights. Perspectives from domestic and International Law.* Oxford, Hart Publishing, 2002.

FERRER MAC-GREGOR, E., "Interpretación Conforme y Control difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano", en *Estudios Constitucionales,* Vol. 9 No. 2, 2011.

FISCHER-LESCNO, A. & TEUBNER, G., "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", en *Michigan Journal of International Law,* Vol. 25, No. 3, 2004.

GARCÍA ROCA, J., "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración", en *Teoría y Realidad Constitucional,* Vol. 20, 2007.

GANDHI, P.R., *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication: Law and Practice.* Londres, Dartmouth Pub Co., 1998.

HAFNER, G., "Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law", en *Michigan Journal of International Law,* Vol. 25, No. 3, 2004.

HELFER, L. & SLAUGHTER, A., "Toward a theory of effective supranational adjudication", en *Yale Law Journal,* Vol. 107, 1997.

HITTERS, J. C., "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios Fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", en *Estudios Constitucionales,* Vol. 7, No. 2, 2009.

HUMPHREY, J., "The international bill of rights: scope and implementation", en *William & Mary Law Review,* Vol. 17, 1976.

KABASAKAL, Z., "Forging a Global Culture of Human Rights: Origins and Prospects of the International Bill of Rights", *Human Right Quarterly,* Vol. 28, 2006.

LEGG, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law, Deference and Proportionality,* Oxford University Press, Oxford, 2012.

LETSAS, G., "Two concepts of the margin of appreciation", en *Oxford Journal of Legal Studies,* Vol. 26, 2006.

MACKAY, F., "Guía sobre los derechos de los pueblos indígenas y el comité de los derechos humanos de las Naciones Unidas". Disponible en: http://odhpi.org/wp-content/uploads/2012/08/COMITE-DDHH-Y-PUEBLOS-INDIGENAS.pdf [fecha de consulta: 4 de julio de 2013].

MUTUA, M., "Looking Past the Human Rights Committee: An Argument for De-Marginalizing Enforcement", en *Buffalo Human Rights Law Review*. Vol. 4, 1998.

NASH, C., "El Control de Convencionalidad. Precisiones Conceptuales y Desafíos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Nogueira, H. (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago, 2012.

NOGUEIRA, H., "El Uso del Derecho Extranjero y del Derecho Internacional por parte del Tribunal Constitucional Chileno durante el Período 2006-2007", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVII, 2° semestre 2011.

NOGUEIRA, H., "El Uso de las Comunicaciones Transjudiciales por parte de las Jurisdicciones Constitucionales en el Derecho Comparado y Chileno", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 9, No. 2, 2011.

NOGUEIRA, H., "El Uso del Derecho Convencional Internacional de Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno en el Período 2006-2010", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, No. 1, 2012.

NOGUEIRA, H., "Diálogo Interjurisdiccional, Control de Convencionalidad y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Período 2006-2011", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, No. 2, 2012.

NOGUEIRA, H. (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago, 2012.

NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Arlington VA, N.P.E Engel, 1993.

NOWAK, M., "The Need for a World Court of Human Rights", en *Human Rights Law Review*, Vol. 7, 2007, pp. 251-259.

NOWAK, M., "On the Creation of a World Court of Human Rights", en *National Taiwan University Law Review*, Vol. 7, No. 1, 2012

POIARES MADURO, M., "Interpreting European Law: Judicial Adjudication in the Context of Constitutional Pluralism". Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1134503 [visitado Dic. 13, 2013].

POIARES MADURO, M., "Three Claims of Constitutional Pluralism", en Avbelj, M. & Komárek, J. (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart, Oxford, 2012, pp. 67-84.

SHANY, Y., "Toward a general margin of appreciation doctrine", en *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2006.

SLAUGHTER, A., "Judicial Globalization", en *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40, 2000.

SLAUGHTER, A., "A Global Community of Courts", en *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, 2003.

SWEET, A., "Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes", en *Indiana Journal of Global Studies*, Vol. 16, 2009.

YOUNG, K., *The Law and Process of the U.N, Human Rights Committee*, Washington D.C., Hotei Publishing, 2002.

YOUROW, C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Londres, Ed. Kluwer Law International, 1996

ZIEMELE, I. & LIEDE, L., "Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guidelines 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6", en *European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 4, 2013.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS – OBSERVACIONES GENERALES

- *General Comment No. 13, Equality before the courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law (Art. 14)*, 1-2 IHRR 12, Abr. 13, 1984.
- *General Comment 10, Article 19* (Nineteenth session, 1983), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 1994.
- *Observación General No. 22. Libertad de Pensamiento, de Conciencia y de Religión (Artículo 18)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, Jul. 30, 1993.
- *Observación General No. 25. La Participación en los Asuntos Públicos y el Derecho a Voto (Artículo 25)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, Jul. 12, 1996.
- *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, CCPR/C/GC/32, Ago. 23, 2007.
- *Observación General No. 34: Artículo 19: Libertad de Opinión y Libertad de Expresión*, CCPR/C/GC/34, Sept. 12, 2011.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS – COMUNICACIONES PARTICULARES

- *Hertzberg et al. v. Finlandia*, Comm. No. 61/1979, Abr. 2, 1982. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/newscans/61-1979.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Toonen v. Australia*, Comm. No. 488/1992, Mar. 31, 1994. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws488.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *M.A.B., W.A.T. & J.-A.Y.T. v. Canadá*, Comm. No. 570/1993, Abr. 8, 1994. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/dec570.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Ilmari Länsman et al. v. Finlandia*, Comm. No. 511/1992, Nov. 8, 1994. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws511.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Faurisson v. Francia*, Comm. No. 550/1993, Nov. 8, 1996. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/VWS55058.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Kall v. Polonia*, Comm. No. 552/1993, Jul. 7, 1997. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/552-1993.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Jouni Länsman et al. v. Finlandia*, Comm. No. 671/1995, Oct. 30, 1995. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/VWS67158.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Park v. República de Corea*, Comm. No. 628/1995, Nov. 3, 1998. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session64/view628.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Laptsevich v. Bielorrusia*, Comm. No. 780/1997, Apr. 13, 2000. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session68/view780.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Ross v. Canadá*, Comm. No. 736/1997, Oct. 18, 2000. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/736-1997.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Apirana Mahuika et al. v. Nueva Zelanda*, Comm. No. 547/1993, Oct. 27, 2000. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/547-1993.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

- *Hudoyberganova v. Uzbekistán*, Comm. No. 931/2000, Ene. 18, 2005. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/931-2000.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Marqués de Morais v. Angola*, Comm. No. 1128/2002, Mar. 29, 2005. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1128-2002.html [última visita efectuada noviembre 6, 2013].
- *Malakhovsky & Pikul v. Bielorrusia*, Comm. No. 1207/2003, Jul. 26, 2005. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1207-2003.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Velichkin v. Bielorrussia*, Comm. No. 1022/2001, Oct. 20, 2005. Disponible en http://www.wfrt.org/humanrts/undocs/1022-2001.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Madani v. Argelia*, Comm. No. 1172/2003, Jun. 21, 2007. Disponible en http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2007.03.28_Abbassi_v_Algeria.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Prince v. Sudáfrica*, Comm. No. 1474/2006, Oct. 31, 2007. Disponible en http://www1.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-institution/un-human-rights-committee/439-south-africa-prince-v-south-africa-2007-ahrlr-40-hrc-2007-.pdf [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Korneenko y Milikenvich v. Bielorrusia*, Comm. No. 1553/2007, Mar. 20, 2009. Disponible en http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2009.03.20_Korneenko_v_Belarus.htm [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Mohamed El-Hichou v. Dinamarca*, Comm. No. 1554/2007, Jul. 7, 2010. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1554-2007.html [última visita efectuada noviembre 6, 2013].
- *Panagiotis A. Schremelis* et al. *v. Grecia*, Comm. No. 1507/2006, Oct. 25, 2010. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1507-2006.html [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Singh v. Francia*, Comm. No. 1876/2000, Jul. 22, 2011. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1876-2000.html [última visita efectuada noviembre 6, 2013].
- *Fedotova v. Russian Federation*, Comm. No. 1932/2010, Oct. 31, 2012. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/

CaseLaw/CCPR-C-106-D-1932-2010.doc [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- *Handyside v. United Kingdom*, App. No. 5493/72, Dic. 7, 1976. Disponible en http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499 [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, App. No. 13470/87, Sept. 20, 1994. Disponible en http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57897 [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].
- *Wingrove v. United Kingdom*, App. No. 17419/90, Nov. 25, 1996. Disponible en http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58080 [última visita efectuada Noviembre 6, 2013].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, (ser. A) No. 4 (Ene. 19, 1984).
- *Caso de los 19 Comerciantes v. Colombia*, Sentencia de Fondo, ser. C, No. 90, 5 de julio de 2001.
- *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Sentencia de objeciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, (ser. C) No. 107 (Jul. 2, 2004).
- *ALMONACID ARELLANO y otros v. Chile*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, ser. C, No. 154, 26 de septiembre de 2006.

Derechos sociales y el recurso al derecho comparado en la interpretación constitucional

ESTEBAN SZMULEWICZ RAMÍREZ[1]
PATRICIO ESPINOZA LUCERO[2]

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cuestiones preliminares. 3. El contenido normativo de los derechos sociales y el problema de la interpretación constitucional. 3.1. Alguna evidencia comparada. 4. Modelos de interpretación constitucional y el recurso a la jurisprudencia comparada. 4.1. Particularismo o patriotismo constitucional. 4.2. Universalismo. 4.3. Diálogo Constitucional. 5. Valoración de las metodologías interpretativas de la jurisprudencia comparada. 5.1. Ventajas del universalismo. 5.2. Desventajas del universalismo. 5.3. Ventajas del diálogo constitucional 5.4. Desventajas del diálogo constitucional. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo, se ha observado en nuestra praxis jurídica, una sostenida tendencia de los intérpretes y operadores jurídicos a invocar en sus razonamientos a la jurisprudencia extranjera, particularmente de las jurisdicciones más reconocidas en el plano internacional. Sin embargo, más allá del aumento

[1] Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Austral de Chile. Magíster en Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Magíster en Política Comparada por la London School of Economics and Political Science (Reino Unido). Profesor de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales y Administrativos de la Universidad Mayor (Chile). Email esteban.szmulewicz@umayor.cl

[2] Abogado y Magíster en Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Master of Arts (MA) en Legal and Political Theory, University College of London. Jefe Legislativo Ministerio de Educación. Email patricioes@gmail.com