



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

TESIS DOCTORAL

Análisis de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde la Teoría y la Filosofía del Derecho.

Autor:

Joaquín Armando Mejía Rivera

Director:

Fernando Mariño Menéndez

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS"

Getafe, junio de 2009.

TESIS DOCTORAL

Análisis de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde la Teoría y la Filosofía del Derecho

Autor: Joaquín Armando Mejía Rivera

Director: Fernando Mariño Menéndez

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Vocal:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Getafe, de de

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	11
---------------------------	----

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

CONCEPTO, CARACTERIZACIÓN Y DESARROLLO

1. La indivisibilidad teórica de <i>todos</i> los derechos humanos y la invisibilidad práctica de los derechos económicos, sociales y culturales.....	40
1.1. Luces y sombras de la herencia ilustrada.....	46
1.1.1. La lectura generacional de los derechos humanos.....	48
1.1.2. De la prioridad histórica a la prioridad axiológica.....	61
2. La naturaleza y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales.....	71
2.1. El carácter prestacional de los derechos.....	72
2.2. El carácter oneroso de los derechos.....	90
2.3. El carácter impreciso e indeterminado de los derechos.....	100

CAPÍTULO II

LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

1. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.....	110
1.1. Consideraciones previas sobre la justiciabilidad.....	114
1.2. La aproximación imperativista.....	127
1.3. La aproximación normativista.....	132
2. Posibilidades de justiciabilidad frente a los poderes públicos y privados...	140
2.1. Posibilidades de realización técnica de los derechos en el marco del nuevo escenario de los actores no estatales.....	144
2.2. Posibilidades de realización política.....	155

3. El papel de la jurisdicción ante la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.....	169
3.1. La jurisdicción y el principio democrático en el ámbito interno.....	170
3.2. La jurisdicción y el principio de soberanía en el ámbito internacional....	182
4. Consideraciones finales.....	189

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO III

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. Antecedentes normativos e institucionales.....	202
1.1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y su relación con la Carta de la OEA.....	210
1.1.1. El valor jurídico actual de la Declaración Americana.....	219
1.2. La necesidad de adoptar una Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	242
1.2.1. Los distintos proyectos de Convención Americana.....	244
1.2.2. Los debates en torno a la adopción de un proyecto final de convención...	251
1.2.3. El texto convencional finalmente aprobado.....	260
1.3. El Protocolo de San Salvador.....	266
2. Las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales en virtud de los instrumentos interamericanos.....	290
2.1. Generalidades sobre la competencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	294
2.2. La naturaleza de las obligaciones estatales.....	308

2.2.1. Obligación general de respetar y garantizar, y su aplicabilidad a la totalidad de la Convención Americana y sus protocolos.....	312
2.2.2. Obligación de adoptar medidas legislativas y de otro carácter.....	330
2.2.3. Obligación de no discriminación.....	333
2.2.4. Obligaciones que surgen de normas aplicables a los derechos civiles y políticos.....	340
2.2.5. Obligaciones que surgen de las normas de los capítulos IV y V del Pacto de San José.....	347
2.3. Naturaleza de la obligación establecida en el artículo 26 de la Convención Americana.....	352
2.3.1. La remisión del artículo 26 a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA.....	354
2.3.2. El alcance de la obligación específica del artículo 26.....	369
2.3.2.1. La progresividad a la luz del artículo 26.....	371
2.3.2.2. La disponibilidad de recursos.....	384
2.4. Práctica y jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	398
2.4.1. Cotejo de casos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales.....	402
2.4.1.1. El derecho a la salud.....	404
2.4.1.2. El derecho a la educación.....	432
2.4.1.3. Los derechos laborales.....	447
2.4.1.4. El derecho a la seguridad social.....	483
2.4.2. El caso “Cinco pensionistas”: Una pequeña victoria individual y una gran derrota colectiva.....	497
2.4.2.1. El contexto del caso.....	498
2.4.2.2. La decisión de la Corte IDH acerca de la protección del derecho a la	

seguridad social mediante su conexión con algunos derechos civiles y políticos.....	501
2.4.2.3. La decisión de la Corte IDH en relación con el artículo 26 de la Convención Americana.....	511
2.4.3. Consideraciones finales.....	523

CAPÍTULO IV

PERSPECTIVAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

1. Recientes medidas para la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.....	529
1. 1. Indicadores de progreso.....	533
1.2. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.....	544
2. El papel de los órganos del Sistema Interamericano frente al impacto de los tratados comerciales sobre los derechos económicos, sociales y culturales.....	550
2.1. Los tratados de libre comercio en contexto.....	553
2.2. El contenido de los tratados de libre comercio y sus efectos.....	555
2.3. Las herramientas del Sistema Interamericano ante posibles violaciones de derechos humanos en el marco de los tratados de libre comercio.....	566
3. Los derechos económicos, sociales y culturales, y su importancia para la democracia en el continente americano.....	574
3.1. Concepto(s) de democracia y sus implicaciones para una visión integral de los derechos humanos.....	587
3.2. De la democracia formal a la democracia sustancial.....	593
3.3. El papel de los derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas	

democráticos americanos.....	599
CONCLUSIONES	604
ANEXOS	626
Tabla 1.....	627
Tabla 2.....	629
Tabla 3.....	635
Tabla 4.....	639
Tabla 5.....	646
Tabla 6.....	650
Tabla 7.....	652
Tabla 8.....	657
Tabla 9.....	658
BIBLIOGRAFÍA	659

*A Yolanda... sin vos no hubiera podido lograrlo.
A Sara Ixchel... con vos este proyecto tiene más sentido.*

*Quiero expresar mi profundo agradecimiento al Dr. Fernando Mariño Menéndez por su
valiosa dirección y apoyo para la conclusión de esta tesis.*

“Al igual que la esclavitud y el *apartheid*, la pobreza no es un estado natural. Es artificial y puede ser vencida y erradicada por las acciones de los seres humanos. Vencer la pobreza no es un gesto de caridad. Es un acto de justicia. Es la protección de un derecho humano fundamental, el derecho a la dignidad y a una vida decente”.

Nelson Mandela.

INTRODUCCIÓN

En 1995, 117 jefes de Estado junto con los ministros de otros 69 países celebraron en Copenhague la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social en la cual se comprometieron a intentar resolver los graves problemas sociales del mundo mediante la adopción de las medidas necesarias para reducir la pobreza, promover el pleno empleo y fomentar la integración social, especialmente de los sectores más vulnerables de la sociedad; de esta forma, la comunidad internacional ratificó su obligación de cumplir con el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas¹ (en adelante la Carta de la ONU) y manifestó su voluntad colectiva para situar al ser humano en el centro de las políticas de desarrollo, tanto en el plano nacional como en el internacional.²

A pesar de ello, más de una década después la Organización de Naciones Unidas (en adelante la ONU) ha tenido que reconocer que hoy el mundo es más desigual que antes y que el compromiso de superar la desigualdad y el desequilibrio entre ricos y pobres, adquirido en dicha cumbre y asumido en la Declaración del Milenio,³ corre el riesgo de no ser cumplido en los plazos señalados. Paradójicamente, mientras en algunos lugares del mundo se ha experimentado un crecimiento económico sin precedentes y una mejora en los niveles de vida de quienes viven allí, la pobreza continúa arraigándose y gran parte de la población mundial está atrapada en el marasmo de la desigualdad, lo que implica que millones de personas están siendo afectadas en ámbitos vitales para su desarrollo humano como el empleo, la salud, la educación y las oportunidades de participación social, económica y política. En este sentido, son significativos los datos que nos muestran

¹ El artículo 1 numeral 3 de la Carta establece que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es “[r]ealizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.”

² Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Parte B, puntos 25-27.

³ Para una visión general de esta declaración y sus objetivos, véase MARTÍNEZ OSÉS, Pablo J., *Objetivos del Milenio. ¿Se puede acabar con la pobreza?*, PPC Editorial, Madrid, 2005.

que mientras el 80% del producto mundial pertenece a las 1000 millones de personas que viven en el mundo desarrollado, el 20% se reparte entre los 5000 millones de personas que viven en los países en desarrollo; que hay 186 millones de personas sin empleo, de las cuales el 47% son jóvenes; que la cuarta parte de los trabajadores no ganan lo suficiente para pasar más allá del umbral de la pobreza de un dólar diario; que las desigualdades en la esperanza de vida se han ampliado extraordinariamente;⁴ y que en el mundo aún quedan 100 millones de niños sin escolarizar -de los cuales el 55% son niñas- y 771 millones de adultos sin competencias mínimas en lectura, escritura y cálculo -de los cuales dos tercios son mujeres-.⁵

Como esta situación se da sobre todo en los países empobrecidos del Sur, se tiende a pensar que es una cuestión exclusiva de ellos; no obstante, la realidad nos muestra que la flagrante desigualdad económica y social antes señalada afecta de forma permanente a países de toda condición política y de todos los niveles de desarrollo;⁶ en este sentido, el Sur, entendido como la expresión de todas las formas de subordinación y desigualdad originadas por el sistema político y económico actual, está esparcido por el mundo entero, incluyendo el Norte y Occidente en el que el concepto de “Tercer Mundo interior” que designa las formas extremas de

⁴ United Nations, *The inequality predicament. Report on the World Social Situation 2005*, United Nations Publication, New York, 2005, pp. 1-5. Traducción libre. En lo sucesivo, entiéndase que todas las citas de documentos en inglés han sido traducidas libremente por el autor de esta tesis.

⁵ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *La alfabetización, un sector vital. Informe de seguimiento de la educación para todos en el mundo 2006*, Ediciones UNESCO, París, 2006, pp. 16-20.

⁶ Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Parte B, punto 16. a): “En muchas sociedades, tanto de países desarrollados como de países en desarrollo, ha aumentado la distancia que separa a los ricos de los pobres. Además, y a pesar de que algunos países en desarrollo están creciendo con rapidez, también es mayor la distancia que separa a los países desarrollados de muchos países en desarrollo, particularmente los menos adelantados”.

desigualdad existentes en los países capitalistas del centro, designa también el Sur dentro del Norte.⁷

Por tal razón, no es extraño comprobar que en una misma sociedad coexistan la abundancia de algunos y la carencia de otros que ni siquiera tienen acceso a los niveles mínimos de alimentación, agua potable, educación, atención médica y vivienda adecuada, dado que “incluso gobiernos ricos y poderosos han sido claramente incapaces de cumplir sus obligaciones de poner fin al hambre y a las enfermedades prevenibles, así como de acabar con el analfabetismo y la falta de vivienda, tanto en sus propios países como en el ámbito internacional”.⁸

En el caso de América Latina y el Caribe, a pesar de que ha habido un avance en la reducción de la pobreza, en la disminución del desempleo y en la distribución del ingreso, la región continua siendo la de mayor desigualdad en el mundo, con el 39,8% de su población viviendo en condiciones de pobreza (209 millones de personas) y el 15,4% en la pobreza extrema o la indigencia (81 millones de personas),⁹ lo cual determina una situación sin antecedentes en el mundo: el triángulo de la democracia, la pobreza y la desigualdad, en cuyo escenario cohabitan las libertades políticas junto con las severas privaciones materiales de más de 200 millones de latinoamericanos y latinoamericanas. Es evidente que la existencia de dicho “triángulo” también puede darse en otras regiones del planeta, no obstante, la peculiaridad de lo que sucede en América Latina es que la democracia

⁷ SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen I. Para un nuevo sentido común: La ciencia, el Derecho y la política en la transición paradigmática*. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003, p. 420.

⁸ Amnistía Internacional, *Derechos humanos para la dignidad. Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, 2005, p. 11.

⁹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Panorama Social de América Latina 2006*, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, febrero de 2007, pp. 19-30; Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2005. La cooperación internacional ante una encrucijada. Ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual*, Edición Mundi-Prensa, Nueva York, 2005, p. 61

latinoamericana convive en la totalidad de una región con niveles extensamente difundidos de pobreza y de desigualdad extremas, por lo que el binomio democracia y pobreza, es una combinación que genera dificultades y riesgos importantes para la gobernabilidad democrática en esta zona del orbe.¹⁰

Ante ello, parece que los Estados cada vez se preocupan menos por enfrentar esta situación y se escudan en la excusa de que no cuentan con los recursos para reducir tales desigualdades; no obstante, es bien sabido que no sólo es una cuestión de falta de recursos, dado que en la actualidad el mundo cuenta con la riqueza y los conocimientos suficientes para lograr dicho objetivo,¹¹ sino que también es un asunto de “reticencia, negligencia y discriminación que demuestran gobiernos y otros agentes”¹² para pasar de las simples declaraciones de preocupación y buenas intenciones, a acciones concretas que materialicen la liberación del ser humano del temor y la miseria, y que promuevan la creación de situaciones que le permitan progresar espiritual y materialmente, y alcanzar la felicidad, tal como fue proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la Declaración Universal) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la Declaración Americana) en 1948, respectivamente.

Indudablemente, con la persistencia de las condiciones que provocan una profunda desigualdad económica y social, también se genera una desigualdad en el ejercicio de los derechos humanos,¹³ puesto que las personas acaban siendo divididas

¹⁰ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe La Democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, Buenos Aires, Argentina, 2ª ed. diciembre de 2004, pp. 39-40.

¹¹ United Nations, *The employment imperative. Report on the World Social Situation 2007*, United Nations Publication, New York, 2007, p. 163.

¹² Amnistía Internacional, *Derechos Humanos... op. cit.*, pp. 10-11.

¹³ No ignoramos el importante debate en torno al concepto de “derechos humanos” y a la preferente utilización del término “derechos fundamentales”, sin embargo, en la presente tesis utilizaremos ambas locuciones indistintamente, aunque con mayor frecuencia la primera, debido a que en el ámbito interamericano, la expresión “derechos humanos” es la más utilizada.

en dos categorías intolerables moral, política y jurídicamente: las que *sí pueden* y las que *no pueden* disfrutar de sus derechos; de esta forma, se reafirma el carácter interdependiente de la libertad y de la igualdad, ya que la primera sin la segunda “no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no-libertad de muchos”; mientras que la segunda sin la primera “no conduce a la democracia, sino al despotismo, o sea, a la igual sumisión de la mayoría a la opresión de quien detenta el poder”.¹⁴ Evidentemente, esta situación tiene graves consecuencias para el sistema democrático y el Estado de derecho, dado que la igualdad formal (ante la ley) por sí sola, no es suficiente “para crear en la misma medida la voluntad o capacidad de participar en los procesos políticos, ni una capacidad igual en todos de influir en los resultados; [por tanto, los] desequilibrios en los recursos y el poder político socavan a menudo el principio ‘una persona, un voto’, y la finalidad de las instituciones democráticas”.¹⁵

En este contexto, se consolida el círculo vicioso de la desigualdad en el que los más pobres tienen pocas posibilidades de incidir en las decisiones políticas que les afectan (exclusión política) y por eso, en muchas ocasiones, los gobiernos no toman en cuenta sus intereses, que de ser considerados, les permitirían superar la situación de pobreza en que viven (exclusión social).¹⁶ Así las cosas, para la CIDH

¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 6ª ed. 1995, ambas citas textuales corresponden a la p. 215.

¹⁵ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2002. Profundizar la democracia en un mundo fragmentado*, Ediciones Mundi-Prensa, New York, 2002, p. 4.

¹⁶ “La gente muy pobre –frecuentemente paralizada mental y físicamente por la desnutrición en la infancia, analfabetismo debido a la falta de escolarización, y absolutamente preocupada por la supervivencia de su familia- puede dañar o beneficiar en muy poco a los políticos y oficiales que los gobiernan. Tales gobernantes, por tanto, tienen un incentivo muy pequeño para atender los intereses de los pobres si se comparan con los intereses de agentes más capaces de reciprocidad, incluyendo entre ellos los gobiernos, las compañías y los turistas extranjeros”, en POGGE, Thomas W., “Reconocidos y violados por la ley internacional: los derechos humanos de los pobres globales”, trad. de Andrea León Montero, en CORTÉS RODAS, Francisco y GIUSTI, Miguel (Eds.), *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Siglo del Hombre Editores/Universidad de Antioquía/Universidad Católica del Perú, Bogotá, 2007, p. 29.

[...] la pobreza extrema constituye una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales [...] y la experiencia demuestra que [...] puede afectar seriamente la institucionalidad democrática, pues constituye una desnaturalización de la democracia y hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo, en general, de los derechos humanos.¹⁷

Por ello, cuando un Gobierno democrático no responde a las necesidades vitales de la población más vulnerable, relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales, “la gente tiende a apoyar a dirigentes autoritarios o demagógicos que afirman que si se limitan las libertades civiles y políticas se acelerará el crecimiento económico y se promoverá la estabilidad y el progreso social.”¹⁸ En el caso concreto de América Latina, las grandes desigualdades de ingresos y la pobreza van unidas directamente a una escasa confianza de la gente en las instituciones políticas, y a una mayor disposición a aceptar un régimen autoritario, tal como lo manifiesta el hecho de que la proporción de latinoamericanas y latinoamericanos que estarían dispuestos a sacrificar un Gobierno democrático en aras de un progreso real socioeconómico supera el cincuenta por ciento.¹⁹ Ello demuestra la interrelación entre la democracia, *todos* los derechos humanos y sus garantías,²⁰ los cuales “constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, 09 de marzo de 2001, Capítulo V. A., párr. 17. Toda la información relativa a este órgano interamericano (resoluciones, informes, etc.) puede encontrarse en <http://www.cidh.oas.org/Default.htm>

¹⁸ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2002... op. cit.*, p. 4.

¹⁹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *La democracia en América Latina... op. cit.*, pp. 13, 132, 222.

²⁰ Para los efectos de esta tesis, entendemos por garantía a “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” y a “todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas, es decir, entre las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos, entre los valores inspiradores del

define, completa y adquiere sentido en función de los otros”,²¹ y por tanto, cuando uno de estos tres pilares no es respetado ni garantizado, el Estado de derecho corre un serio peligro.

Frente a la doble exclusión política y social que hemos señalado, *todos* los derechos humanos se presentan como un medio a través del cual las personas pueden desarrollar libremente su autonomía individual y su dignidad, dado que (a) crean un ámbito de autonomía para que puedan actuar libremente (derechos civiles), (b) establecen los cauces de participación en la organización y en el funcionamiento del poder (derechos políticos), y (c) remueven los obstáculos que mantienen la discriminación e impiden la igualdad, y promueven las condiciones que hagan posible la igualdad real (derechos económicos, sociales y culturales);²² por ello, es necesaria una visión unitaria e integral de *todos* los derechos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales, pues es claro que unos sin los otros resultan restringidos.

En consecuencia, no cabe duda que los derechos civiles y políticos son imprescindibles, pero al mismo tiempo necesitan ser complementados por los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que, ¿de qué sirve la libertad que ellos promueven si está limitada, y en ocasiones anulada, por el analfabetismo, el hambre, la enfermedad, la discriminación y la pobreza?, y ¿de qué vale el derecho a la vida sin la provisión de condiciones mínimas de una existencia digna, si no de

sistema constitucional y su configuración normativa o institucional”, en FERRAJOLI, Luigi, “Garantías”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Nº 38, Madrid, 2000, p. 39 y PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, prólogo de Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Trotta, Madrid, 1997, pp. 28-29, respectivamente.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de Garantías* (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/1987 del 30 de enero de 1987, párr. 26. Toda la información relativa a este órgano interamericano (sentencias, opiniones consultivas, etc.) puede encontrarse en <http://www.corteidh.or.cr>

²² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia”, en *Íd., Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, p. 222.

sobrevivencia (alimentación, vivienda, vestuario)? Por otro lado, ¿de qué vale tener acceso a amplios niveles educativos si no se tiene la libertad para expresar las propias ideas ni para recibir y difundir información valiosa para el debate democrático? De ahí la importancia de la visión integral de todos los derechos humanos,²³ pues en definitiva, “todos experimentamos la indivisibilidad de los derechos humanos, en la cotidianidad de nuestras vidas, y ésta es una realidad que no puede ser dejada de lado”.²⁴ Así las cosas, en ausencia de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos corren el riesgo de ser puramente formales; y en ausencia de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales difícilmente podrían ser garantizados por mucho tiempo.²⁵

Por tanto, aunque los derechos civiles y políticos son de mucha importancia, las personas se verían “restringidas en lo que pueden hacer con esa libertad si son pobres, están enfermas, son analfabetas o discriminadas”,²⁶ condiciones que los derechos económicos, sociales y culturales están llamados a superar, ya que se constituyen en una herramienta fundamental para reducir las desigualdades y

²³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “Democracia y Derechos Humanos: El régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de derecho”, en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Año 1, vol. 1, N° 1, 1999, p. 21. “En simples palabras, hoy en día comprendemos mejor que si una persona no es capaz de satisfacer sus necesidades básicas, por no poder acceder a los servicios de salud, a la educación, ni al agua potable, tiene posibilidades muy remotas de obtener empleo o participar en la vida comunitaria. Existe también la posibilidad de ser excluida de participar en los procesos de la toma de decisiones que han de influir en su vida como, por ejemplo, el derecho a votar. Hay pruebas de que los patrones regulares de exclusión social y marginación dan por resultado que a muchos sectores marginados les sean negados los beneficios de las actividades de desarrollo”, en RÍOS KOHN, Rebeca, “Vivir libre de la pobreza es un derecho humano”, en AA. VV., *Consolidación de derechos y garantías: Los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 98.

²⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio A., “La Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”, en *Revista Lecciones y Ensayos*, 1997/1998, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 80.

²⁵ NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, 1ª ed. 1987, p. 45.

²⁶ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano 2005... op. cit.*, pp. 20-21 y 60-61.

potenciar las capacidades básicas del ser humano, que le permita acceder a los recursos necesarios para disfrutar de un nivel de existencia digno, enmarcado dentro de la concepción personal de lo que Fabre llama una “vida buena”,²⁷ y así participar activamente en la dinámica comunitaria y en las decisiones políticas que afectan su entorno.

De esta forma, estos derechos “lejos de entrañar la negación de las libertades, representan su desarrollo y su extensión a todos los ciudadanos”,²⁸ y propician y garantizan la convivencia social a través de su contenido igualitario, dado que, como lo señala Bobbio, la razón de ser de los derechos económicos, sociales y culturales, “como el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la salud, es una razón igualitaria [pues] tienden a hacer menos grande la desigualdad entre quien tiene y quien no tiene, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento y condición social”,²⁹ y en ese sentido, también se constituyen en un factor imprescindible de cohesión social, de legitimación política³⁰ y suponen una garantía para la propia democracia, “esto es, para el efectivo disfrute de las libertades personales, civiles y políticas”.³¹

Sobre la base de todo lo anterior, podemos resaltar la importancia del carácter indivisible de los derechos humanos, proclamado en la Conferencia Internacional de

²⁷ Si tenemos sed, frío, hambre, y estamos enfermos, si somos personas sin hogar, entonces no tenemos la capacidad física ni intelectual para encuadrar y revisar nuestra concepción de la *vida buena*, y mucho menos para llevarla a cabo, en FABRE, Cécile, *Social rights under the Constitution. Government and the decent life*, Clarendon Press, Oxford, 2004, p. 19.

²⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales... op. cit.*, p. 215.

²⁹ BOBBIO, Norberto, *Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*, nueva ed. rev. y amp., con una respuesta a los críticos, Taurus, Madrid, 1995, p. 151.

³⁰ RODRÍGUEZ OLVERA, Óscar, *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada, 1998, pp. 141, 261.

³¹ PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales... op. cit.*, p. 213.

Derechos Humanos de Teherán de 1968³² y reafirmado en la Conferencia Mundial de Viena de 1993,³³ ya que todos ellos forman un conjunto unitario e indisoluble al servicio de la autodeterminación individual, en el que cada pieza del entramado es indispensable, y por ende, sólo el conjunto es suficiente,³⁴ pues al complementarse componen el estatuto básico del ser humano.³⁵ Por tanto, de lo anterior se desprende que (a) no es posible establecer compartimientos separados entre los derechos; (b) todos los derechos derivan de la misma esencia y por ello deben ser considerados en pie de igualdad; (c) los derechos son interdependientes, por lo que la violación de uno afecta a todos; (d) cualquier categorización de los derechos sólo puede tener un valor pedagógico pero nunca jurídico; y (e) ningún derecho puede ser sometido a un trato diferenciado en detrimento de su efectividad, y por tanto, “no pueden existir derechos judicialmente exigibles y derechos que, formando parte del elenco de derechos humanos, no puedan ser exigibles”.³⁶

En esa línea, resulta injustificable la supuesta superioridad de unos derechos sobre otros, ya que además, la dignidad humana no puede fraccionarse como si se tratase de dos mundos distintos: el de los derechos civiles y políticos, “donde, como suele decirse, la mejor ley es la que no existe; donde sólo existen jueces defensores armados con la coraza constitucional y políticos amenazadores guiados por intereses

³² Proclamación de Teherán, 13 de mayo de 1968, punto 13: “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible”.

³³ Declaración y Programa de Acción de Viena, 25 de junio de 1993, punto 5: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

³⁴ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos (Acotaciones a Liborio Hierro)”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 23, Alicante, 2000, p. 390.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, Sentencia de 28 de febrero de 2003, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.

³⁶ URQUILLA, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Revista IIDH*, vol. 30-31, Edición Especial, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2000, p. 262.

parciales”; y el mundo casi retórico de los derechos económicos, sociales y culturales “de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir”.³⁷

Así lo entendieron los redactores de la Declaración Universal más de medio siglo atrás, y por ello, al establecer la pretensión de liberar al ser humano del temor y la miseria, incluyeron en dicho instrumento, tanto derechos civiles y políticos (arts. 3-21) como derechos económicos, sociales y culturales (arts. 22-27) sin realizar ninguna distinción y sin establecer algún tipo de jerarquía entre ellos.³⁸ De la misma forma actuaron los redactores de la Declaración Americana que también incluyeron *todos* los derechos humanos en dicho instrumento (arts. I-X, XVII-XXI, XXIV-XXVII relativos a los derechos civiles y políticos; y arts. XI-XVI, XXIII relativos a los derechos económicos, sociales y culturales), pues los valoraron como un cuerpo único y comprendieron que su esencia es la misma: la dignidad humana.³⁹

No obstante, es bien sabido que este tipo de instrumentos sólo cuenta con una fuerza política persuasiva al representar el consenso y la aceptación de la comunidad internacional, pero no posee los atributos jurídicos de las normas convencionales que

³⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, Principios, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, ambas citas textuales corresponden a la p. 116.

³⁸ Aunque la Declaración Universal reconoció un número importante de derechos económicos, sociales y culturales, fue bastante criticada en su momento porque se consideró que su filosofía subyacente era principalmente “occidental” y “liberal” y con preferencia por los derechos civiles y políticos, en CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its development*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 17. También esta incorporación de *todos* los derechos humanos en la Declaración Universal fue duramente criticada por pensadores liberales como Hayek, para quien “el documento está redactado en esa jerga de organización típica de las declaraciones de los líderes sindicalistas o de la Organización Internacional del Trabajo, que refleja una actitud compartida por empleados, funcionarios públicos y hombres de la organización de las grandes sociedades, pero que en absoluto es coherente con los principios en que se basa el orden de la Gran Sociedad”, en HAYEK, Friedrich A. von, “El espejismo de la justicia social”, en Íd., *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2006, p. 307.

³⁹ TEXIER, Philippe, “Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales” en, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Ed.), *Construyendo una Agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, Publicaciones CEJIL, San José, Costa Rica, 2004, p. 13.

aseguren su cumplimiento. En este sentido, aunque ambas declaraciones enumeran y definen los más importantes derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, ninguna de ellas instaura un sistema que permita a las personas reclamar su cumplimiento ante instancias internacionales ni instituye ningún otro mecanismo jurídico de control; por tal razón, desde una perspectiva formal y positivista, y en cuanto plasmadas en resoluciones de las respectivas asambleas generales de la ONU y de la OEA, en principio dichas declaraciones no son *per se* obligatorias para los Estados miembros, aunque “su peso político-jurídico y su significación moral son grandes.”⁴⁰

Por eso, en el ámbito de la ONU, la Asamblea General decidió elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para la protección de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal, y aunque a pesar de que la intención inicial era recoger en un solo tratado todos los derechos, al final se resolvió adoptar dos pactos internacionales de derechos humanos -uno sobre derechos económicos, sociales y culturales, y otro sobre derechos civiles y políticos- con algunas diferencias sustanciales entre ellos, entre las que destaca la protección debilitada que se le otorgó a los primeros, en contraste con la protección más completa que se le dio a los segundos.⁴¹

En el continente americano, en un primer momento se contempló la posibilidad de que el texto de la Declaración Americana fuese un convenio o que al

⁴⁰ PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 9ª ed. 2003, p. 198. En el mismo sentido, Nikken sostiene que aunque hay buenos argumentos para considerar que la Declaración Universal -y por analogía la Declaración Americana- ha ganado “fuerza obligatoria a través de su reiterada aplicación, la verdad es que en su origen [carecía] de valor vinculante desde el punto de vista jurídico”, en NIKKEN, Pedro, “El concepto de derechos humanos”, en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAIZA, Rafael (Comps.), *Estudios básicos de derechos humanos. Tomo I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1994, p. 20.

⁴¹ CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights... op. cit.*, p. 7.

menos fuera un anexo a la propia Carta de la OEA,⁴² sin embargo, finalmente dicha declaración fue adoptada bajo la forma de una simple resolución en el seno de la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia. Ante la ausencia de un carácter vinculante de la Declaración Americana, fue preciso adoptar otro instrumento que respondiera a la necesidad de establecer un sistema de protección efectivo de los derechos consagrados en ella; en este sentido, durante los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o Pacto de San José) se dio un debate similar al proceso seguido en el ámbito de la ONU en relación con la adopción de un instrumento único y que finalmente concluyó en la adopción de dos pactos distintos para cada “categoría”⁴³ de derechos.

Así, a pesar de que en 1959 el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (en adelante el Consejo de Jurisconsultos), y en 1965 Chile y Uruguay, presentaron varias propuestas que incorporaban a los derechos económicos, sociales y culturales junto con los derechos civiles y políticos en el proyecto de la Convención Americana, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante el Sistema Interamericano) adoptó la solución predominante en la época, tanto en la ONU como en el sistema europeo, en el sentido de elaborar dos instrumentos diferentes para cada categoría de derechos, pero con la diferencia de que el Pacto de San José incluyó en su texto una remisión a las normas económicas, sociales y culturales, contenidas en la Carta enmendada de la OEA (art. 26),⁴⁴ cuestión que no sucedió ni en el ámbito de la ONU ni en el sistema europeo de derechos humanos. De este modo, la Convención Americana se consolidó como un instrumento regional enfocado

⁴² LeBLANC, Lawrence J., *The OAS and the promotion and protection of human rights*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1977, p. 14.

⁴³ Aunque considero que no es conveniente utilizar el término “categoría” para hablar de los derechos, en esta tesis el uso del mismo es estrictamente pedagógico.

⁴⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio, A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, prólogo de Máximo Pacheco Gómez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, abril de 2001, p. 96.

especialmente en la protección de los derechos civiles y políticos, con 23 artículos referidos a los mismos (Capítulo II, arts. 3-25) y sólo uno relativo a los derechos económicos, sociales y culturales (Capítulo III, art. 26).

Posteriormente, y para tratar de superar esta deficiencia normativa, el 17 de noviembre de 1988 se aprobó en San Salvador, El Salvador, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el Protocolo de San Salvador); no obstante, además de que hasta la fecha sólo ha sido ratificado por 14 Estados, -a diferencia de los 25 que han ratificado la Convención Americana- este instrumento únicamente reconoce la posibilidad de presentar peticiones individuales por la violación de dos de los derechos reconocidos en él (art. 19.6): la libertad sindical (art. 8.1.a) y el derecho a la educación (art. 13). Por tanto, el resto de derechos quedan desprotegidos del procedimiento jurisdiccional y tan sólo son objeto de vigilancia a través de los informes que los Estados están obligados a presentar a la Asamblea General de la OEA (art. 19.1 del Protocolo de San Salvador y art. 42 de la Convención Americana).

Todo lo anterior revela una profunda contradicción teórica y normativa, puesto que en teoría se reconoce y se reafirma unánimemente el carácter indivisible de *todos* los derechos humanos, pero en la práctica, a la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales se les trata como derechos de segunda clase y, tal como lo denuncian Abramovich y Curtis, se les niega todo valor jurídico y se les caracteriza “como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador”,⁴⁵ mientras que a los derechos civiles y políticos se les considera derechos perfectos, ya que sólo ellos

⁴⁵ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo de Luigi Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2ª ed. 2004, p. 19.

generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, y por tanto, pueden ser exigibles judicialmente o cuasi-judicialmente.

De esta manera, aunque tanto la ONU como la OEA han afirmado en repetidas ocasiones la importancia del concepto de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, y han reconocido la indivisibilidad física, moral e intelectual de la persona, implícito en la proclamación de su dignidad esencial, sigue habiendo una tendencia por parte de algunos gobiernos, organismos internacionales y otros agentes a conceder prioridad a los derechos civiles y políticos sobre los económicos, sociales y culturales,⁴⁶ y a permitir que estos últimos permanezcan en gran parte ignorados.⁴⁷

El propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el CDESC) en el ámbito de la ONU, ha advertido esta contradicción al señalar que la comunidad internacional en su conjunto continúa tolerando muy a menudo las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, que, si se produjeran en relación con los derechos civiles y políticos, provocarían expresiones de horror e indignación y daría lugar a llamados urgentes para la adopción de medidas correctivas inmediatas. A pesar de la retórica sobre la indivisibilidad, las violaciones de los derechos civiles y políticos siguen siendo tratadas como si fueran mucho más graves, y más intolerables que la masiva y evidente negación de los derechos económicos, sociales y culturales.⁴⁸ En este orden de ideas, “la tortura de un solo individuo despierta la indignación de la opinión pública con justa razón. Pero la

⁴⁶ ALSTON, Philip, “International law and human right to food”, in ALSTON, Philip and TOMAŠEVSKI, Katrina (Eds.), *The right to food*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1984, p. 19.

⁴⁷ CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights... op. cit.*, p. 9.

⁴⁸ Submission of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Statement to the World Conference*, UN Doc. 1993/22/, 1993, p. 83, párr. 5. Toda la información relativa a este y otros órganos de control de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas (observaciones, informes, etc.) puede encontrarse en <http://www.ohchr.org/SP/Pages/WelcmePage.aspx>

muerte de más de 30.000 niños por día por causas fundamentalmente prevenibles pasa inadvertida. ¿Por qué? Porque esos niños son invisibles en la pobreza”.⁴⁹

De la misma manera, el máximo tribunal interamericano ha resaltado la importancia de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, y ha señalado que, por ejemplo, el derecho a la vida no solamente comprende el derecho *clásico* de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna; y en esa línea, los Estados están en “la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”.⁵⁰ En consecuencia, mediante una visión integral del derecho a la vida es posible conceptualizarlo como perteneciente tanto al dominio de los derechos civiles y políticos como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrándose así la interrelación e indivisibilidad de *todos* los derechos humanos.⁵¹

En este de orden de ideas, es pertinente preguntarse, ¿por qué si se reconoce que *todos* los derechos humanos son indivisibles, interdependientes y sin jerarquía entre ellos, los Estados han adoptado dos instrumentos tan diferentes -tanto en el sistema universal como en el interamericano- en relación con el grado de protección dependiendo de si se trata de derechos civiles y políticos, o de derechos económicos, sociales y culturales?

⁴⁹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2000*, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid-Barcelona-México, 2000, p. 8.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

⁵¹ *Ibíd.*, voto concurrente conjunto de los jueces Antonio A. Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, puntos 2, 3 y 4.

Sencillamente se puede responder que, por un lado, fue determinante la pugna ideológica entre el bloque de países con influencia occidental y el bloque de países con influencia soviética, los primeros abogando por los llamados “derechos de libertad” (civiles y políticos), y los segundos privilegiando a los denominados “derechos de igualdad” (económicos, sociales y culturales), lo cual es un reflejo de “la profunda división ideológica del mundo en los inicios de los años cincuenta”;⁵² de allí que los pactos internacionales para cada categoría de derechos representan “una solución de compromiso entre las distintas concepciones de los Estados en materia de derechos humanos”.⁵³ Y por otro lado, que la voluntad soberana de los Estados, en virtud del *principio de soberanía*, les faculta a determinar libremente el tipo de instrumento internacional que quieran o no adoptar.

Aunque éstas son dos razones de mucho peso, detrás de ellas también existen otra serie de razones históricas, conceptuales y filosóficas, a veces no tan ahondadas por los internacionalistas, que condicionan la concepción que los Estados tienen de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y que son determinantes a la hora en que los mismos deciden prestar su consentimiento y asumir obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En esa línea, si tomamos como parámetro el principio jurídico que estipula que “la causa de la causa es la causa del mal causado”, se podría precisar que en varios aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales, es necesario profundizar aún más en

⁵² CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos... op. cit.*, p. 94. En un sentido más amplio, Cassese puntualiza que aunque el choque ideológico esencial se produjo entre el bloque occidental y el bloque soviético, “si se observa con lupa la evolución del debate, puede notarse que [...] se formaron someramente cuatro alineaciones”: (a) el grupo de países occidentales (Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña), seguidos por otros Estados como Australia; (b) el grupo de países latinoamericanos; (c) la Europa socialista, “única alineación capaz de hacer frente con tenacidad e insistencia a las tesis de Occidente”; y (d) los países asiáticos y musulmanes, encabezados por Arabia Saudita y Pakistán, en CASSESE, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. de Atilio Pentimalli y Blanca Ribera de Madariaga, Ariel, Barcelona, 1ª ed. febrero 1991, pp. 40-41.

⁵³ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2ª ed. 2001, p. 81.

algunas de las “causas de la causa” que nos darían elementos importantes para identificar y rebatir las razones últimas y primarias por las que son considerados de menor categoría que los derechos civiles y políticos, y de esta forma, poder buscar respuestas más adecuadas en aras de una protección más efectiva, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, particularmente en el sistema de protección regional que nos interesa en este trabajo, el interamericano.

Por ello, en esta tesis doctoral me he planteado dos objetivos fundamentales: el primero consiste en indagar esas razones históricas, conceptuales y filosóficas que han forjado una concepción debilitada de los derechos económicos, sociales y culturales, degradándolos a derechos de menor categoría o a simples pretensiones sociales,⁵⁴ para tratar de enfatizar que las mismas descansan sobre bases teóricas difícilmente sostenibles en la actualidad, y que por lo tanto, las objeciones contra estos derechos van más allá de las cuestiones sobre su estructura o su naturaleza aparentemente diferente -en términos absolutistas- a la de los derechos civiles y políticos, sino que son un asunto con un fuerte componente de opción política y legislativa.

Evidentemente, hay una importante bibliografía que centra sus esfuerzos en demostrar lo anterior, no obstante, por un lado todavía existe un posición bastante arraigada que sostiene que los derechos económicos, sociales y culturales son meras aspiraciones políticas, y que por lo tanto no son auténticos derechos, sino que representan “una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación”;⁵⁵ y en tal sentido, el viejo contra argumento relacionado con la supuesta naturaleza distinta de estos derechos en comparación

⁵⁴ Por ejemplo, Hayek señala que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales es, “en el presente y para todo futuro previsible, absolutamente imposible de alcanzar” y que los mismos son sólo ilusiones y aspiraciones que envilecen el término “derecho”, en HAYEK, Friedrich A. von, *Derecho, legislación y libertad... op. cit.*, p. 308.

⁵⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios... op. cit.*, p. 97.

con los derechos humanos más tradicionales (civiles y políticos), todavía no está completamente muerto y enterrado, sino que reaparece en la actualidad como un eco suave del pasado;⁵⁶ y por otro lado, tales reflexiones han sido realizadas especialmente desde el derecho constitucional, la filosofía jurídica y la teoría del derecho, pero que parecen no haber sido asumidas con mayor profundidad en el ámbito del derecho internacional. Considero que estas dos motivaciones justifican analizar en profundidad esas razones históricas, conceptuales y filosóficas pero desde el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en el marco del Sistema Interamericano, en el cual, sus órganos de vigilancia siempre le han dado un papel marginal a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

El segundo objetivo estriba en examinar la consagración normativa de los derechos económicos, sociales y culturales en la Convención Americana y en el Protocolo de San Salvador, que aunque no constituyen un marco normativo óptimo para su protección efectiva, sí establecen una base jurídica relativamente suficiente para que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) abandonen la concepción marginal con la que se han ocupado de los derechos económicos, sociales y culturales, y jueguen un papel más protagónico de cara a una mayor salvaguardia de ellos, ya que su tratamiento desigual en relación con los derechos civiles y políticos contrasta con la afirmación de que el ideal del ser humano libre del temor y la miseria sólo podrá realizarse si se crean las condiciones que permitan a cada persona gozar de *todos* sus derechos, como un todo indisoluble “que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo

⁵⁶ SCHEININ, Martin, “Justiciability and the indivisibility of human rights”, in SQUIRES, John, et al, (Ed.), *The road to a remedy. Current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Australian Human Rights Centre/The University of New South Wales/Centre on Housing Rights and Evictions, Australia, 2005, p. 17.

cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".⁵⁷

Sin embargo, este papel marginal de ambos órganos del Sistema Interamericano en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales no sólo se debe (a) a las limitaciones propias de los textos del Pacto de San José y del Protocolo de San Salvador, y (b) a que históricamente se han centrado principalmente en la defensa de la vida, de la integridad física, psíquica y moral, de la libertad personal y de los derechos políticos, lo cual ha sido una preocupación más urgente en un continente que ha estado marcado por largos períodos de dictaduras militares y de gobiernos civiles autoritarios; sino también a las limitaciones que imponen las razones de carácter histórico, conceptual y filosófico que mencionamos anteriormente, y que condicionan la percepción que podrían tener algunos de los miembros de la CIDH y de la Corte IDH, así como también algunos abogados litigantes, jueces, víctimas, organizaciones de la sociedad civil y otros agentes, sobre la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual, por ejemplo, se vio evidenciado en la primera oportunidad que tuvieron los órganos del Sistema Interamericano para analizar la violación de tales derechos -el ya citado caso "Cinco pensionistas contra Perú"-, en el que quedó claro que todavía se mantiene una visión compartimentalizada de los derechos humanos y una concepción de que los derechos económicos, sociales y culturales son cualitativamente diferentes a los derechos civiles y políticos.

No es de extrañar, por tanto, que un número considerable de personas, incluyendo eminentes e influyentes abogados y jueces internacionalistas, aún

⁵⁷ Preámbulo de la Convención Americana, párr. 4; Preámbulo del Protocolo de San Salvador, párr. 3-5.

mantengan la concepción que le atribuye a los derechos económicos, sociales y culturales un estatuto de segunda clase, que en su forma extrema puede resumirse de la siguiente manera: o bien se niega expresamente el carácter jurídicamente vinculante de estos derechos, o se alega que difieren de los derechos civiles y políticos en aspectos tan fundamentales que es imposible escapar a la conclusión de que son inferiores desde un punto de vista jurídico.⁵⁸

Para alcanzar estos objetivos, la tesis ha sido estructurada en dos grandes bloques a lo largo de los cuales se hace uso de distintos tipos y niveles de discurso, tales como el teórico, el histórico-sociológico, el político-axiológico y el jurídico-dogmático, por lo que el análisis no está enfocado únicamente en un área específica de las que nos ofrece la ciencia del derecho,⁵⁹ ya que, como lo ha destacado Cassese, la problemática de los derechos humanos ha sido explorada desde diferentes planos pero de forma fundamentalmente sectorial, especialmente los internacionalistas, quienes a menudo se han ocupado de ella “como si se tratase de un campo autónomo, desvinculado y separado de la más vasta temática de la evolución de la comunidad internacional contemporánea”, razón por la cual es necesario considerar las distintas herramientas y perspectivas de los constitucionalistas, politólogos, los estudiosos de doctrinas políticas y de filosofía, “con el fin de conseguir una visión

⁵⁸ HOOFF, Godfried van, “The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views”, in ALSTON, Philip and TOMAŠEVSKI, Katrina (Eds.), *The right to food... op. cit.*, p. 97.

⁵⁹ El análisis de los derechos humanos se puede realizar (a) desde la teoría del derecho, para identificar la forma o estructura lógica de los derechos; (b) desde el derecho positivo o la dogmática jurídica, para precisar los derechos consagrados en un ordenamiento jurídico concreto, en este caso, el interamericano; y (c) desde la filosofía política, para formular los derechos que *deben ser* reconocidos y protegidos; al respecto puede verse FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Íd., *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli*, et al, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, pp. 289-291; FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, trad. de Miguel Carbonell, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídica-UNAM, núm. 15, julio-diciembre 2006, pp. 116-117.

más articulada que la ofrecida por cada especialista”.⁶⁰ Por ello, ya no se justifica que el derecho internacional, el derecho constitucional y los otros campos del derecho “sigan siendo abordados en forma estática o compartimentalizada, como lo fueron en el pasado”.⁶¹ No obstante, hay que aclarar que el abordaje integral de las materias mencionadas no implica simplemente trasplantar los conceptos e ideas de los ordenamientos jurídicos internos al derecho internacional, sin adaptarlos a la realidad de las relaciones internacionales y sin considerar sus características propias.⁶²

Tomando en consideración tales premisas, en el primer bloque se abordan algunas cuestiones relacionadas con la naturaleza y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales, las cuales están rodeadas de una serie de dogmas que los condenan a ser considerados débiles política y teóricamente, y de menor categoría que los derechos civiles y políticos, a pesar de que existe un consenso casi generalizado respecto de la indivisibilidad e interdependencia de *todos* los derechos humanos y de su importancia para la democracia y el Estado de derecho. En ese orden, se analizan los derechos económicos, sociales y culturales desde varias perspectivas -histórica, axiológica, teórico-estructural y dogmática jurídica-, lo cual nos permitirá objetar ciertas tesis que ven en estos derechos una especie de defecto genético que evita que puedan ser garantizados y protegidos de una forma parecida a los derechos civiles y políticos. Aunque hay que reconocer que los derechos económicos, sociales y culturales sí tienen algunos de los defectos que se le imputan,

⁶⁰ CASSESE, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo... op. cit.*, ambas citas textuales corresponden a la p. 10.

⁶¹ CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos... op. cit.*, pp. 270-271.

⁶² HOOFF, Godfried van, “The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views”... *op. cit.*, p. 100.

los mismos también pueden atribuírsele a los derechos civiles y políticos,⁶³ razón por la cual, cualquier distinción, caracterización o división de los derechos humanos sustentada en la existencia de tales imperfecciones, en perjuicio de unos derechos sobre otros, puede resultar desacertada y sin un claro fundamento moral, político o jurídico.

Por tanto, los presupuestos analizados en esta primera parte nos permitirán examinar con una visión integral, la posición de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano, lo cual se hará a partir de (a) su componente *normativo*, integrado por las normas jurídicas convencionales, estatutarias, reglamentarias, jurisprudenciales y consuetudinarias; (b) su componente *institucional*, referido a los órganos que lo integran y que se encargan de monitorear el cumplimiento de los derechos garantizados –la CIDH y la Corte IDH-; y (c) su componente *político-cultural*, relacionado con las entidades, organismos, instancias y grupos de incidencia como las ONG’s de derechos humanos, víctimas/peticionarios, medios de comunicación social, universidades y los propios órganos políticos de la OEA. Los dos últimos componentes –institucional y político-cultural- son los dinamizadores del sistema, por lo que más allá de las limitaciones normativas existentes, es importante avanzar en un cambio de actuación por parte del componente institucional, y en menor medida del político-cultural, puesto que mientras la norma lo permita, “una transformación cualitativa sobre la praxis de los componentes dinamizadores y fundamentalmente del institucional,”⁶⁴ permitirá avanzar en una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales en la región.

⁶³ HIERRO, Liborio, “Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en ALEXY, Robert, et al, *Derechos sociales y ponderación*, ed. a cargo de Ricardo García Manrique, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 172-173.

⁶⁴ URQUILLA, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos” ... *op. cit.*, pp. 263-264.

En esa línea, ya hemos dicho que en su aspecto normativo el Sistema Interamericano cuenta con una base jurídica relativamente suficiente para que sus órganos de vigilancia reviertan la larga ausencia de los derechos económicos, sociales y culturales de su discurso común de los derechos humanos, dado que ello se ha traducido en una práctica de la CIDH y la Corte IDH que ha simplificado su caracterización como derechos no justiciables, y en consecuencia, su plena efectividad se ha visto reducida a simples objetivos sociales que los Estados discrecionalmente pueden aplicar cuando consideren oportuno. Así las cosas, en el sistema regional americano la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales se ha visto obstaculizada tanto por una especie de *malos entendidos conceptuales* referentes a la naturaleza de estos derechos -los cuales, como hemos señalado, analizaremos en el primer bloque de esta tesis- y por las *debilidades institucionales* que se encuentran en los instrumentos y órganos interamericanos,⁶⁵ cuestión que estudiaremos en el segundo bloque.

De esta manera, en el segundo bloque se examinan la forma en que tales derechos fueron concebidos en la Declaración Americana, en el Pacto de San José y en el Protocolo de San Salvador, las obligaciones que generan dichos instrumentos para los Estados americanos que son parte, las fortalezas y debilidades de los mecanismos de protección y vigilancia establecidos en ellos, y las implicaciones que tienen las funciones de promoción, interpretación y salvaguardia por parte de la CIDH y de la Corte IDH de cara a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.

⁶⁵ MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), Quito, Ecuador, 2003, p. 36.

En tal sentido, analizaremos los antecedentes normativos e institucionales del Sistema Interamericano, los avances y limitaciones (e incluso retrocesos) que han marcado su jurisprudencia, y las perspectivas del papel de dichos órganos respecto a la gobernabilidad democrática y al impacto de los tratados comerciales en los derechos económicos, sociales y culturales en un continente sacudido por la desigualdad y la exclusión social.

Sobre la base de lo anterior, podemos afirmar que profundizar en los aspectos expuestos nos facilitará realizar un análisis crítico de la situación normativa, procesal y jurisprudencial de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano, para tratar de demostrar la debilidad del argumento que sostiene que no son propiamente derechos debido a que, por su naturaleza, no pueden ser objeto de las debidas garantías, lo cual carece de fundamento empírico y sólo se sostiene sobre ciertos prejuicios ideológicos que hoy se ven fortalecidos con la embestida del modelo neoliberal, que en nombre de un fundamentalismo económico y la lógica del costo y beneficio, “juzga que el fin y el fundamento del orden constitucional [e internacional] y de las libertades consiste en la aceptación sumisa de las denominadas ‘leyes del mercado’”,⁶⁶ limitando el papel del Estado como garante de la libertad y del bienestar económico, social y cultural de las personas sujetas a su jurisdicción.

Evidentemente, mucho se ha escrito sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y *a priori* podría parecer un tanto redundante elaborar una tesis sobre ellos; no obstante, en el marco de la jurisdicción interamericana el tema tiene una importancia novedosa y actual, y aunque la CIDH y la Corte IDH han examinado derechos civiles que lindan con cuestiones económicas, sociales y culturales, aún no

⁶⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 9ª ed. 2005, p. 630.

han tenido la oportunidad de entrar de lleno en esta última materia por sí misma, y tampoco se han pronunciado claramente acerca del sentido y el alcance de la denominada progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales reconocida en el artículo 26 de la Convención Americana, y que también recoge el Protocolo de San Salvador. Pese a ello, las recientes decisiones y actuaciones de los órganos del Sistema Interamericano hacen suponer que podrían examinar seriamente esta relevante materia en el futuro cercano,⁶⁷ dado que, entre otras cosas, han reconocido la necesidad de delinear principios y estándares sobre los alcances de los derechos al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva, en casos que involucran la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales; y han elaborado lineamientos para contar con indicadores de progreso de tales derechos.

Por otro lado, en América Latina la plena efectividad de *todos* los derechos humanos representa un desafío urgente para la consolidación de democracias más inclusivas, ya que el fortalecimiento del Estado de derecho no podrá realizarse sin garantizar el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales de una gran parte de la población latinoamericana, cuya ciudadanía se ve socavada “con la desigualdad, la exclusión y la marginación, la muerte prematura e inoportuna a causa de la desnutrición, el hambre, la falta de atención médica, etc., con lo que se acrecienta la desconfianza en las bondades y promesas del sistema democrático. En ese sentido, el Sistema Interamericano cuenta con una importante base normativa que proporciona pautas, mínimos y estrategias para avanzar en la instauración de condiciones básicas de la dignidad humana expresadas en términos de derechos, razón por la cual, es imperativo que los actores que inciden en la CIDH y en la Corte IDH (abogados, organizaciones no gubernamentales, víctimas, comisionados, jueces, académicos, etc.), promuevan la determinación del alcance de los derechos

⁶⁷ Corte IDH, *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú...* *op. cit.*, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.

económicos, sociales y culturales, y la precisión de los límites de lo reclamable jurídicamente,⁶⁸ y en general, que *tomen en serio* el reconocimiento de la indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos, que es simplemente una vuelta a la visión unificada de los derechos humanos enunciada en la Declaración Universal y en la Declaración Americana hace más de medio siglo atrás.

⁶⁸ KRSTICEVIC, Viviana y MÉNDEZ, Juan E., "Presentación", en Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Ed.), *Construyendo una Agenda para la justiciabilidad... op. cit.*, p. 9.

**CAPÍTULO I:
CONCEPTO,
CARACTERIZACIÓN Y
DESARROLLO**

1. La indivisibilidad teórica de *todos* los derechos humanos y la invisibilidad práctica de los derechos económicos, sociales y culturales.

Hay expresiones tales como “derechos humanos”, “democracia” y “Estado de derecho”, que a pesar de su uso generalizado siguen generando debates y controversias acerca de su correcto sentido y contenido. En el caso de los derechos humanos, es uno de los términos más utilizados en la cultura jurídica y política contemporánea, tanto por los estudiosos del derecho como por los ciudadanos comunes, pues constituyen un argumento de interés general e implican una cuestión central para el debate político.⁶⁹ Debido a su función reguladora de la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos, y a la convicción de muchas personas y comunidades de que constituyen una garantía para su dignidad, y un cauce vital para su libertad y su igualdad, la comprensión apropiada de los derechos humanos no es sólo una tarea teórica, sino también un asunto de gran relevancia práctica.⁷⁰

En relación con los derechos económicos, sociales y culturales, cuando se hace referencia a ellos se plantea un amplio y variado horizonte de dificultades con las que se enfrentan quienes han pretendido delimitarlos conceptualmente mediante la identificación de ciertos rasgos predominantes y definitorios. De este modo, se les ha calificado como (a) derechos de los trabajadores, (b) derechos colectivos, (c) derechos de contenido económico, (d) derechos de crédito o de prestación, o (e) derechos de igualdad, cada una de cuyas caracterizaciones tiene sus propias contradicciones y objeciones.⁷¹

⁶⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Sobre los valores fundadores de los derechos humanos”, en MUGUERZA, Javier, et al, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1ª ed. mayo de 1989, p. 279.

⁷⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 21.

⁷¹ CASTRO CID, Benito de, “Los derechos sociales”, en SORIANO DÍAZ, Ramón, et al (Coords.), *Diccionario crítico de los derechos humanos I*, Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida, 1ª ed. 2000, p. 275.

De esta manera, (a) cuando se les define como derechos de los trabajadores, sobre todo se hace referencia a que son el fruto de las demandas obreras y las luchas sociales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, a diferencia de los derechos civiles y políticos que se les considera el resultado de la lucha de la burguesía para romper con los privilegios del *Ancien régime* en beneficio de sus propios intereses, razón por la cual Marx los llamó “derechos burgueses”.⁷² Como consecuencia de esta visión, por un lado se obvia el papel preponderante que desempeñaron las clases populares en las revoluciones de 1776 y 1789, y se desconoce que “derechos burgueses” como la libertad de prensa y opinión, fueron instrumentos decisivos para las clases trabajadoras al momento de luchar por el reconocimiento efectivo de sus derechos económicos, sociales y culturales;⁷³ y por otro lado, se tendrían que excluir de este grupo todos aquellos derechos que son de titularidad universal, como el derecho a la asistencia sanitaria o el derecho a la educación (especialmente a nivel primario), que corresponde a todos los miembros de la sociedad y no sólo a los trabajadores.

(b) Si se les identifica como derechos colectivos con la consecuente dificultad de determinar su titularidad, se presenta la disyuntiva de que se desconoce que, al igual que los derechos civiles y políticos, su titular inmediato es cada individuo o persona individualmente considerada y no el grupo o la colectividad a la que pertenece, si bien es titular de los derechos en cuanto pertenece a dichos grupos; por tanto, aunque la titularidad de algunos derechos económicos, sociales y culturales pueda estar referida a determinados colectivos para garantizar así una mejor defensa a los individuos que los integran, el titular del derecho es siempre “aquella persona

⁷² Es necesario matizar que Marx no cuestionó la emancipación política ni la concepción liberadora de los derechos humanos, sino su concepción elitista, clasista y dirigida a proteger los intereses de un grupo privilegiado en detrimento de otros.

⁷³ CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p 23.

en la que confluya el elemento determinante de su pertenencia al grupo, ser mujer, ser minusválido, ser anciano, etc.”⁷⁴

A su vez, el carácter o la titularidad individual o colectiva de un derecho puede encontrarse tanto en el ámbito de los derechos civiles y políticos como en el de los derechos económicos, sociales y culturales, siendo dos buenos ejemplos el derecho a la inviolabilidad del domicilio que no sólo podría estar adscrito a un sujeto individual, sino también a grupos o colectivos organizados como las instituciones o asociaciones con personalidad jurídica;⁷⁵ y el derecho a la libertad sindical que implica tanto la libertad individual de cada persona para pertenecer o no a un sindicato, así como el derecho a realizar colectivamente todas las actividades relacionadas con su pertenencia al mismo. Finalmente, en términos de su ejercicio no se puede negar que algunos derechos tienen consecuencias jurídicas si se *ejercen* junto con otros individuos, pero no forzosamente caen dentro de este campo únicamente los derechos económicos, sociales y culturales, tal como sucede con el derecho al voto, que perteneciendo al ámbito de los derechos civiles y políticos, sólo genera consecuencias jurídicas si se ejercita colectivamente, dado que es impensable, por ejemplo, que se llame a elecciones nacionales a una sola persona para que practique dicho derecho.

Sobre la base de los argumentos anteriores, podemos sostener, siguiendo a la Corte IDH, que en el caso específico de los derechos económicos, sociales y

⁷⁴ GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, “¿Son los derechos sociales derechos colectivos? La titularidad de los derechos sociales”, en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 197-198.

⁷⁵ Aunque hay un debate *inacabado* sobre la existencia de los derechos colectivos, éstos “existen, al menos, en el derecho internacional y en los derechos internos de los Estados [... cuyos titulares] son grupos sociales, colectividades, sociedades, comunidades, personas morales, personas jurídicas, etc., esto es, asociaciones de individuos y, en definitiva, de intereses individuales, ya que hablamos de derechos [y que] ignorarlos o despreciarlos, es facilitar movimientos irracionales en el seno de la historia social”, LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Es posible un mundo justo? Estudios de Filosofía Jurídica y Política*, Universidad de Granada, Granada 2003, p. 216.

culturales, éstos tienen una dimensión individual y una colectiva,⁷⁶ y “esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos [...] con otros miembros de una población o de un sector”.⁷⁷

(c) Si se les define como derechos de contenido económico, por un lado se tendrían que exceptuar de esta categoría el derecho de huelga, el derecho a sindicalizarse o la libertad de escoger el centro educativo de los hijos por parte de los padres, contenida en el derecho a la educación; y por otro lado se tendrían que incluir el derecho de propiedad o la libertad de comercio y de empresa, para los que el componente económico representa una parte sustancial y definitoria de su naturaleza y estructura. (d) Si se les identifica como derechos de crédito o de prestación, quedarían fuera de esta clase también el derecho de huelga y el derecho a sindicalizarse, mientras que derechos civiles como el de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, tendría que ser considerado un derecho de prestación. (e) Finalmente, si se les define exclusivamente como derechos de igualdad, habría que negar que estos derechos están dirigidos primordialmente a garantizar intereses vitales básicos para la propia subsistencia individual, “afectando sólo de manera tangencial a la igualación de las condiciones de vida”, y también implicaría ignorar el proceso histórico de los derechos humanos en el sentido de que la lucha por la igualdad ha estado presente desde los orígenes mismos del Estado moderno con las revoluciones de los siglos XVII y XVIII.⁷⁸

⁷⁶ Corte IDH, *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú...* *op. cit.*, párr. 147. En el mismo sentido se pronuncia la Declaración de Quito acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en América Latina y el Caribe, adoptada en Ecuador el 24 de julio de 1998, para quien estos derechos “son derechos subjetivos cuya exigibilidad puede ejercerse individual o colectivamente” (punto 9).

⁷⁷ Corte IDH, *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú...* *op. cit.*, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, punto 3.

⁷⁸ CASTRO CID, Benito de, “Los derechos sociales”... *op. cit.*, las citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 279 y 280.

Sobre la base de lo anterior podemos destacar entonces que en el lenguaje jurídico ningún término es una expresión pura de una decisión lingüística pues al momento de las construcciones conceptuales concurren una serie de condicionantes derivadas del contexto histórico, de los intereses en juego, de las ideologías (sobre todo las dominantes) y de unas posiciones filosóficas subyacentes.⁷⁹ En ese sentido, cuando se opta consciente o inconscientemente por utilizar uno u otro de los términos que analizamos antes, para referirse a los derechos económicos, sociales y culturales, ello conlleva a la acentuación de una o varias de las características que en principio resaltan las aparentes diferencias naturales en relación con los derechos civiles y políticos. Así, y por poner un par de ejemplos, cuando se les denomina “derechos de crédito”, lo que más se destaca es su contenido prestacional que impone obligaciones positivas; o cuando se les denomina “derechos de contenido económico” sobresale más su naturaleza de derechos caros.

De allí que a los derechos económicos, sociales y culturales, a pesar de su positivización en muchas constituciones nacionales e instrumentos internacionales - universales y regionales-, no se les considere auténticos derechos (a) porque aparentemente sólo contienen *obligaciones de prestación positiva* antes que *prohibición de lesión*; (b) porque teóricamente su satisfacción consiste en un *hacer* en vez de un *no hacer*; (c) porque hipotéticamente su violación no resulta de *actos* sancionables sino de simples *omisiones* que no pueden ser justiciables; y (d) porque son derechos caros, relacionados con el ámbito económico y social, razón por la cual su contenido, protección y promoción deben quedar en manos de la discrecionalidad de los poderes políticos elegidos democráticamente sin que los tribunales puedan pronunciarse al respecto. Por tanto, es claro que los problemas conceptuales y teóricos tienen alcances prácticos tan importantes sobre la protección y garantía de los derechos humanos, que no podemos pensar que se trata de una cuestión

⁷⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales... op. cit.*, p. 22.

puramente “estética o estilística, ni un lujo intelectual del que se pueda prescindir sin mayores consecuencias”.⁸⁰

Por ende, y en virtud de todo lo anterior, en las líneas que siguen se tratará de argumentar, desde diversas perspectivas -histórica, axiológica, teórico-estructural y dogmática jurídica-, que las diferencias estructurales de los derechos económicos, sociales y culturales en relación con los derechos civiles y políticos, son relativas y no absolutas, especialmente si se tiene en cuenta que existen niveles de obligaciones estatales comunes a *todos* los derechos humanos y que al menos algún aspecto de los derechos económicos, sociales y culturales es claramente exigible judicialmente, por lo que su visión devaluada responde más a prejuicios ideológicos que han condicionado deliberada o indeliberadamente la voluntad soberana de los Estados al momento de redactar y adoptar instrumentos jurídicos separados, tanto en el ámbito universal -el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el PIDESC)- como regional (interamericano) -la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador-, evidentemente en perjuicio de este último y del PIDESC en términos de protección y garantía de los derechos en ellos contenidos.

En tal sentido, en materia de derechos humanos las clasificaciones condicionan lo que pensamos y lo que decimos sobre ellos, por lo que la utilización de algunas de ellas que distinguen entre derechos de libertad y derechos de igualdad, entre derechos de primera generación y derechos de segunda generación, “suelen ser clasificaciones más o menos arbitrarias que, si bien parten de algún centeno, en realidad no son consecuentes con él. Tampoco son clasificaciones que correspondan a criterios estructurales de los derechos, ni a criterios de justificación, y sin embargo, se

⁸⁰ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 15.

suelen buscar y afirmar diferencias estructurales o de justificación para cada categoría de derechos”. De esta manera, trataremos de revisar estas clasificaciones que han moldeado durante mucho tiempo nuestro modo de concebir los derechos, a tal punto que cuando nos planteamos algunas cuestiones como la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, nos hemos visto compelidos por dichas clasificaciones a dar explicaciones y justificaciones de por qué no se pueden exigir o garantizar adecuadamente, “a diferencia de lo que ocurre con los derechos civiles y políticos los cuales, se da por sentado, son más fáciles de proteger y garantizar”.⁸¹

1.1. Luces y sombras de la herencia ilustrada.

Aunque es posible encontrar la idea de dignidad, de libertad o de igualdad en la cultura antigua y medieval a través de autores clásicos como Platón, Aristóteles o Santo Tomás de Aquino, durante ese período sólo es posible hablar de la *prehistoria* de los derechos humanos, ya que la idea de dignidad humana no se expresaba a través del concepto de los derechos, tal como lo entendemos hoy.⁸²

Por tanto, es necesario partir del supuesto de que no se puede hablar propiamente de derechos humanos hasta la modernidad,⁸³ es decir, en los siglos XVII y XVIII, sobre todo en este último con la irrupción de las grandes revoluciones que dieron luz a importantes declaraciones de derechos, tanto en América como en Europa, tales como la Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, la Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776 (Estados Unidos de

⁸¹ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Derechos sociales: Clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual”, en CANTÓN, Octavio y CORCUERA, Santiago (Coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, Porrúa, México, 2004, las citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 3 y 4.

⁸² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y FERNÁNDEZ, Eusebio (Dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II, volumen III*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 9.

⁸³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 113-114; para un análisis más amplio sobre los derechos humanos como concepto histórico, véase, pp. 113-144; y para un estudio de los modelos de evolución histórica de los derechos humanos (inglés, francés y estadounidense), ver pp. 145-204.

América) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Francia).

Es bien sabido que todas estas declaraciones, a pesar de contener algunas disposiciones que parecen estar muy relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales, tales como “la búsqueda y obtención de la felicidad”, “el bien común”, “máximo grado de felicidad”, “la utilidad común”, “la felicidad de todos”, “contribución pública”, “necesidad pública” o “contribución común”, se caracterizan por darle un lugar privilegiado a las libertades individuales, sin incluir en ellas ningún derecho económico, social y cultural.

Pese a ello, hay quien realiza una interpretación extensiva de tales declaraciones y sostiene que, por ejemplo, en el caso de la Declaración de Virginia, aunque no aparece en su texto una mención específica de la igualdad como valor en el que se pueden fundamentar ciertos derechos económicos, sociales y culturales, la referencia a la justicia y a la virtud permiten pensar que la igualdad está incluida implícitamente en los principios fundamentales de dicha declaración, por lo que no sería aventurado figurar que algunos de esos derechos estarían incluidos en este documento. Por tanto, este argumento, unido al hecho de que la Declaración de Independencia concibe la igualdad como criterio innato a la propia creación de la condición humana, y necesaria para alcanzar una vida en libertad que le permita buscar la felicidad, “podría corroborar la idea de que los derechos sociales han estado presentes desde el inicio en la propia historia de los derechos humanos”.⁸⁴ Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

⁸⁴ DURÁN Y LAGUNA, Paloma, *La perspectiva de las Naciones Unidas en la protección de los derechos sociales*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 18-22.

1.1.1. La lectura generacional de los derechos humanos.

Con el dato anterior parece concluyente argumentar y sostener la tesis de las generaciones de derechos, en la que los civiles y políticos, por ser reconocidos en esas primeras declaraciones, pertenecen a la “primera generación”, y los económicos, sociales y culturales a la “segunda generación”, por lo que sólo podrían ser satisfechos una vez que los primeros estén asegurados. Sin duda, por su funcionalidad pedagógica, esta tesis ha tenido una amplia difusión, sin embargo, se ha sustentado sobre ciertos “presupuestos que tienden a ser restrictivos, excluyentes y deterministas, y a justificar, en último término, una protección devaluada de los derechos sociales”.⁸⁵

Haciendo uso de una lectura generacional se sostiene que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos tardíos cuyo debate y reconocimiento se desarrolló hasta la segunda mitad del siglo XX, ya que en las primeras etapas del Estado moderno los discursos políticos y jurídicos de la época sólo se centraron en el debate y el análisis sobre la fundamentación y la garantía de los derechos verdaderamente importantes para la autonomía individual y para la dignidad humana -los derechos civiles y políticos-. No obstante, es necesario matizar dicha tesis, dado que también es posible detectar algunos elementos históricos que dan razón de que el debate sobre los derechos económicos, sociales y culturales ha estado presente tanto en la *prehistoria*⁸⁶ como en los inicios de la historia moderna de los derechos humanos.

⁸⁵ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 19. Como lo señala van Hoof, no es raro encontrarse con el argumento que sostiene que los derechos civiles y políticos tienen importancia prioritaria sobre los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales sólo pueden realizarse una vez que la libertad haya sido alcanzada por todos los pueblos del mundo, en HOOFF, Godfried van, “The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views”... *op. cit.*, p. 97.

⁸⁶ Sobre un análisis de los “embriones” de los derechos económicos, sociales y culturales en la Grecia clásica y en el Medioevo, véase PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 3, N^o 6, Madrid, febrero 1998, pp. 15-34.

En ese contexto, si tomamos el caso de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 –por ser la que más influencia universal ha tenido–, es innegable que su contenido está marcado por el reconocimiento de algunos derechos de carácter liberal, siendo los derechos económicos, sociales y culturales uno de los temas que faltan en el texto de la misma, pero que a pesar de ello, es posible considerar que se hallan indirectamente implicados y en todo caso, algunos de ellos aparecen ya en la Constitución de 1793. De hecho, en ese momento histórico la desigualdad resultaba tan inaceptable como la falta de libertad y la lucha por la abolición de los privilegios estamentales de que disfrutaban tanto el clero como la nobleza fue una de las causas principales de la Revolución. Por tanto, la igualdad se constituyó en uno de los valores revolucionarios fundamentales desde el primer momento, e incluso se consideró que la pasión por ella tenía “una fuerza mayor que la pasión por la libertad, de manera que, en última instancia, la lucha por la igualdad definiría mejor que nada el sentido general de la Revolución francesa”.⁸⁷

Por consiguiente, es válido afirmar que la igualdad es uno de los valores inspiradores de la Declaración de 1789; sin embargo, no se puede ignorar que se limita a una igualdad jurídica y política (formal) pero no material (real) en el sentido de que no es considerada como un principio de justicia regulador de las relaciones sociales, sino como el principio que posibilita el reconocimiento de la igualdad metafísico-jurídico de carácter formal o procedimental pero que no interfiere en los derechos económicos, sociales y culturales de los individuos, dado que sólo enuncia

⁸⁷ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Los textos de la Revolución francesa: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y FERNÁNDEZ, Eusebio (Dir.), *Historia de los derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 226-227, 268-270 y 365.

una supuesta naturaleza abstracta del ser humano y no una condición histórica exigible.⁸⁸

De cualquier forma, aún con estas importantes limitaciones, el hecho de que la igualdad fuera establecida en el artículo 1 (“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”) y que se concretara en otras manifestaciones como la igualdad política, la igualdad ante la ley, la igualdad en el acceso a empleos y cargos públicos (art. 6), y la igualdad fiscal (arts. 13 y 14), faculta para que se pueda tener una apreciación más social de la igualdad.

Para confirmar lo anterior, se debe precisar que (a) aunque pueda ser ambigua la cláusula del artículo 1 en el sentido de que cuando señala que “las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”, no se sabe exactamente a qué tipo de “distinciones sociales” se refiere, el sólo hecho de que aparezca este concepto es “suficiente para permitir una interpretación menos liberal y más social de la Declaración”; (b) aunque la propiedad es considerada sagrada e inviolable (art. 17), se reconoce que también puede ser limitada por exigencias de “necesidad pública”, y por lo tanto, su inviolabilidad y sacralidad puede ser menoscabada desde una concepción más social del concepto de utilidad pública; y (c) la propia dinámica de la revolución francesa demuestra que los derechos económicos, sociales y culturales “no estaban tan alejados de los intereses de la época, pues ya algunos proyectos del verano de 1789 incluían algún derecho a la asistencia pública, y después tanto éste como el derecho a la instrucción pública serían reconocidos en la Declaración de 1793”.⁸⁹

⁸⁸ BARTOLOMÉ RUÍZ, Castor M. M., *El Movimiento de los Sin Tierra en Brasil. Propiedad o alteridad, dilema de los derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 17.

⁸⁹ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Los textos de la Revolución francesa: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”... *op. cit.*, pp. 270-273, 293. No hay duda que “estos tres argumentos constituyen razones para matizar la tesis de la ausencia de la igualdad social y económica

Aunado a lo anterior, si bien la Declaración de 1789 no contenía ningún derecho económico, social o cultural, no se puede ignorar que en varios escritos pre-revolucionarios, específicamente en 8 proyectos de Declaración, se habían reconocido algunos de estos derechos a partir del principio de fraternidad, que quizá hubieran sido incluidos en el borrador de la Declaración finalmente aprobada, si la discusión no se hubiera cerrado abruptamente el 26 de agosto de ese año.⁹⁰ En este sentido, dichos proyectos muestran la profunda contemporaneidad entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales en su conjunto son percibidos con un mismo espíritu por los constituyentes. Así, por poner un par de ejemplos de ello, Jean-Louis Seconds, delegado de la ciudad de Rodez en la Asamblea Constituyente señalaba que entre las necesidades y derechos personales “cuya ignorancia u olvido es la principal causa del envilecimiento del pueblo y del desprecio que de él tienen las leyes y los hombres poderosos [... es] la necesidad de ilustrarse, es el derecho que tiene el pueblo de estarlo, sobre todo en una sociedad donde los principales miembros lo están ya. Por tanto, cuando una persona cultiva su razón, asegura su felicidad que no conseguiría nunca sin ella”.⁹¹

en la Declaración, pero no para rechazarla. La igualdad en la Declaración es compatible con la desigualdad en los medios de vida: la propiedad, matices aparte, es una institución desigualitaria por definición, y el atisbo de [derechos económicos, sociales y culturales] que aparece en algunos proyectos parece inspirado por el deseo de evitar la pobreza absoluta y, así, de conjurar un peligro evidente para la tranquilidad de los propietarios”. De hecho, “entre muchos constituyentes era opinión común que la miseria era una amenaza para la seguridad de la libertad y de la propiedad y que, por tanto, los medios para evitarla formaban parte de la garantía de estos derechos. Así se deduce del espíritu y de la letra de los proyectos de Declaración que reconocían algún derecho de asistencia pública a los necesitados [...]. Aunque ninguna cláusula de este tipo fue finalmente incluida, una interpretación de las garantías de los derechos como la precedente no parece incompatible con la Declaración”.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 363. “Lo que sorprende, cuando consideramos la *Declaración de los derechos del hombre de 1789*, es la contradicción que hay entre el éxito del texto y las difíciles condiciones de su producción, su carácter inacabado”, en FAURÉ, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, trad. de Diana Sánchez y José Luis Núñez, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª ed. en español, 1995, p. 15.

⁹¹ SECONDS, Jean-Louis, “Ensayo sobre los derechos de los hombres, de los ciudadanos y de las naciones; o discurso al rey sobre los estados generales y los principios de una buena constitución”, en FAURÉ, Christine, *Las declaraciones de los derechos... op. cit.*, p. 63.

En la línea anterior, el abate Sieyès señalaba en su lectura realizada los días 20 y 21 de julio de 1789 al Comité de Constitución “que nada es más apropiado para perfeccionar a la especie humana, en lo moral y en lo físico, que un buen sistema de educación e instrucción pública” [...] y que los ciudadanos a los que un infortunio condena a la imposibilidad de satisfacer sus necesidades, tienen justo derecho a la ayuda de sus conciudadanos”.⁹² Otros proyectos de declaración también establecían que cuando un ciudadano no puede asegurar su existencia por medio de la renta de sus propiedades, de su trabajo o su industria, “la sociedad debe ver por su subsistencia”,⁹³ ya que cuando está imposibilitado para cubrir sus necesidades “tiene derecho a la ayuda pública”.⁹⁴ De esta manera, se entendía que como el primer derecho de cada persona es el de vivir, aquellas que están en una imposibilidad real de satisfacer sus necesidades tienen el justo derecho a la ayuda de la sociedad,⁹⁵ dado que

[...] en un Estado en el que la riqueza es fruto del trabajo, de la habilidad, del talento y de la inteligencia, pero en la que la ley no ha hecho nada para limitar estas facultades, la sociedad debe dar a aquellos de sus miembros que no tienen propiedad alguna, y cuyo trabajo apenas es suficiente para cubrir sus necesidades, una subsistencia segura, con que alimentarse, con que vestirse y donde vivir convenientemente; con que curarse cuando están enfermos, cuando están viejos, y con qué criar a sus hijos.⁹⁶

⁹² SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, “Preliminares de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, en *Ibid.*, p. 88.

⁹³ VILLENEUVE, Pétion de, “Declaración de los derechos del hombre”, en *Ibid.*, p. 79.

⁹⁴ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, “Declaración de los derechos del ciudadano francés”, en *Ibid.*, p. 199.

⁹⁵ SAINT-ETIENNE, Rabaut, “Proyecto para el preliminar de la Constitución francesa”, en *Ibid.*, p. 265.

⁹⁶ “Proyecto de Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, seguido de un plan de constitución justo, honesto y libre”, en *Ibid.*, p. 280.

A su vez, también hay que tener en cuenta que el proceso revolucionario no se termina con la aprobación de la Declaración de 1789, sino que tuvo continuidad (a) con la Constitución de septiembre de 1791 que, al disponer la creación de establecimientos de asistencia y de educación públicas, constituyó un complemento fundamental de la Declaración de 1789; y (b) con la Declaración de 1793 que se erigió en el documento más revolucionario y más importante en materia de derechos humanos tras su predecesora, al hacer suyas las reivindicaciones asumidas inmediatamente en la revolución para que el Estado ampliara sus responsabilidades sociales mediante la inclusión de algunos derechos económicos, sociales y culturales que permitieron establecer que la “asistencia pública es una deuda sagrada” (art. 21) y por tanto, la sociedad tiene el deber de respaldar a los ciudadanos más infortunados, “sea procurándoles trabajo, sea garantizándoles un mínimo de subsistencia a aquellos que no están en condiciones de trabajar” (art. 21); y que la “instrucción es la necesidad de todos” (art. 22), y por ende, la “sociedad debe favorecer con todas sus fuerzas el progreso de la razón pública y poner la instrucción al alcance de todos los ciudadanos” (art. 22).⁹⁷

En consecuencia, se puede sostener que a partir de los años posteriores a 1789, la revolución francesa da un paso importante en el sentido de permitir que la libertad se generalice, y no que ésta sea sustituida por la igualdad, la cual, en su dimensión de igualdad jurídica reconocida en la Declaración, se constituye en un paso más en el proceso de igualación de las condiciones sociales.⁹⁸

⁹⁷ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Los textos de la Revolución francesa: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”... *op. cit.*, p. 366. Ver también RITTER, Gerhard A., *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 63.

⁹⁸ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Los textos de la Revolución francesa: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”... *op. cit.*, pp. 274 y 366. Incluso autores liberales que defienden la libertad a ultranza como Hayek, reconocen esta visión de la igualdad durante la revolución francesa, y critican que “desde el comienzo de la Revolución los principios básicos de la igualdad ante la ley se vieron amenazados por las nuevas exigencias de los precursores del moderno socialismo, que pidieron una *égalité de fait* en lugar de la *égalité de droit*”, en HAYEK, Friedrich A. von,

Por ello, no es extraño corroborar que durante todo el tiempo que duró el proceso revolucionario se realizaron varias propuestas para garantizar el reconocimiento y aplicación de algunos derechos económicos, sociales y culturales; por ejemplo, (a) en materia educativa se adoptaron varias medidas con una política claramente igualitaria en el sentido de proponer un sistema de enseñanza pública general y gratuita, estableciendo que las niñas y los niños hasta los once y doce años de edad, respectivamente, debían ser igualmente educados, cuidados, alimentados y vestidos; y también se estableció una política de escuela pública, gratuita y universal, igualitaria y formadora del espíritu cívico durante al menos tres años, para que luego los más capaces continuaran en el liceo en las mismas condiciones de gratuidad; y (b) en materia de asistencia social, se estableció que ella no debía limitarse a socorrer la indigencia, sino que tenía que suprimirla porque la misma está en contradicción con el principio de igualdad. En este orden, se propusieron y aprobaron varias leyes para organizar un sistema de seguros públicos (Ley del 19 y 24 de marzo de 1793) y para erradicar la mendicidad y la extrema pobreza (Ley de Asistencia Pública del 11 de mayo de 1794).⁹⁹

Todos los argumentos anteriores nos permiten ahora refutar la tesis de que los derechos económicos, sociales y culturales no fueron tema de discusión durante el proceso de adopción de una declaración de derechos humanos tan importante como la de 1789, y en ese sentido, podemos afirmar que “*la cuestión de los derechos sociales- de las ayudas públicas y de la instrucción pública, en el lenguaje de la revolución- son cuestiones constitucionales desde el principio, desde 1789, aunque después tales*

Los fundamentos de la libertad, trad. de José Vicente Torrente, Unión Editorial, Madrid, 7ª ed. 2006, p. 267.

⁹⁹ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Los textos de la Revolución francesa: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores” ... *op. cit.*, pp. 374-375. Hay que señalar que algunas de estas medidas no fueron aprobadas o no hubo el tiempo suficiente para ponerlas en práctica debido a varios factores, sea ideológicos, de inestabilidad política o de caída del Gobierno.

derechos sólo encontrarán una provisional consagración formal en los célebres artículos 21, 22 y 23 de la Declaración jacobina de 1793”¹⁰⁰ que contienen, como hemos visto, derechos como la asistencia pública (que a su vez incluye los derechos al trabajo y a la existencia) y la educación.

Por tanto, podemos aseverar que aunque no se puede ignorar el hecho de que en la supuesta contradicción entre libertad (derechos civiles y políticos) e igualdad (derechos económicos, sociales y culturales) se favoreció a la primera, no es posible comprender la Revolución Francesa en su conjunto si se desconoce su tendencia hacia la segunda. Si bien se debe reconocer que los derechos civiles y políticos ocuparon un lugar predilecto en la teoría jurídica de ese momento histórico, dicho privilegio no puede ocultar que la idea de los derechos económicos, sociales y culturales ha estado presente desde la etapa inicial de la historia de los derechos humanos, por lo que el hecho de que posteriormente fueran ignorados no se debe tanto a razones teóricas sino a los intereses de la triunfante burguesía. Por eso no es de extrañar que quienes aprobaron la Declaración de 1789 fueran diputados acomodados que representaban a dos clases sociales económicamente privilegiadas - la nobleza y la burguesía-, y consecuentemente, las libertades individuales, junto con el reconocimiento de la propiedad como derecho humano, eran fundamentales para poder legitimar sus propios intereses.¹⁰¹

¹⁰⁰ FIOROVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996, p. 94. En este sentido, los derechos económicos, sociales y culturales “adquieren rango constitucional, por vez primera, en la declaración francesa de 1793. Después de la Revolución francesa el tema [relacionado con estos derechos] se sumerge, para volver a surgir con intensidad en la época industrial. Desde entonces, numerosas constituciones [e instrumentos internacionales] incluyen en su articulado derechos sociales”, en GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, p. 14.

¹⁰¹ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Los textos de la Revolución francesa: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”... *op. cit.*, p. 377. Todos los diputados de la Asamblea que aprobó la Declaración de 1789 pertenecían al clero, la nobleza y la burguesía, nota 338, p. 227.

Ello explica por qué el concepto simbólico de “hombre” e “igualdad” de la Declaración de 1789 se refería esencialmente a los varones propietarios, y excluía a las mujeres, a los esclavos y a los hombres sin propiedad; y a la vez se demuestra que el discurso de los derechos humanos, como todo discurso, está atravesado por las disputas de poder, y en ese sentido, el poder de turno (el de la burguesía) decidió que este discurso implicaba sólo una clase de derechos (los civiles y políticos) y unos titulares determinados (los hombres blancos y propietarios),¹⁰² lo cual fue considerado natural y por tanto, incuestionable.

En este orden de ideas, esta propuesta ideológica se convirtió en un proceso natural que ha conducido a una concepción restringida de los derechos humanos, limitada a unas libertades individuales que se dan por garantizadas al ser incluidas en los textos normativos sin necesidad de hacer referencia a las condiciones sociales, económicas o culturales que permitan su puesta en práctica; en otras palabras, teóricamente estas libertades no necesitan contexto alguno para ser consideradas derechos de plena satisfacción. En cambio, todo lo que tiene que ver con lo material (la salud, el medio ambiente, la vivienda, etc.), dado que está sometido a los contextos y nos une a los otros, hace que necesitemos la comunidad para poder satisfacer nuestras exigencias, y demanda la existencia de esas condiciones sociales, económicas y culturales para poder ser garantizadas a todos. De esta forma, los derechos económicos, sociales y culturales han sido relegados a un segundo plano pues constituyen “la esfera de lo impuro, lo híbrido, lo mezclado. Podemos pensar, rezar y opinar libres de cualquier condicionamiento social y, además, con todas las

¹⁰² BARTOLOMÉ RUÍZ, Castor M. M., *El Movimiento de los Sin Tierra en Brasil... op. cit.*, pp. 17 y 24. Barcelona sostiene que las “promesas de la Revolución francesa, cuyo bicentenario se acaba de celebrar, son la garantía del carácter expansivo de los principios universales de Occidente, a condición de que se apliquen a personas blancas, acomodadas y privilegiadas. En el marco de una política que administra los recursos según criterios de rigurosa pertenencia a los clanes del poder europeo, y en el de un mercado donde las multinacionales de las armas y de la droga tienen el campo libre, siempre hay lugar para las benditas clases dominantes”, en BARCELONA, Prieto, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Trotta, Madrid, 1992, p. 55.

garantías estatales imaginables. Pero disfrutar de la salud, de un entorno limpio o de tener una vivienda digna, depende de elementos extraños a lo jurídico formal”.¹⁰³

Lo anterior revela la naturaleza dialéctica de la Ilustración -su grandeza y su ignominia-, ya que por un lado, con las declaraciones de derechos el ser humano pasó a ocupar el centro del orden jurídico y político, pero al mismo tiempo su género humano se restringió sólo a la burguesía, su razón se constituyó en una razón insolidaria, su libertad en una libertad sólo individualista, y su progreso se redujo al mero progreso tecnológico, sin apenas espacio para el verdadero progreso humano,¹⁰⁴ lo cual se ve reflejado en la construcción actual de un mundo en donde se pueden almacenar armamentos para destruir varias veces el planeta pero no se puede (o no se quiere) almacenar alimentos para evitar que cada año mueran de hambre millones de personas,¹⁰⁵ para quienes evidentemente el grito de la revolución francesa -“libertad, igualdad y fraternidad”- “ha quedado reducido a una libertad *contra* la igualdad y *contra* la fraternidad”,¹⁰⁶ y pareciera que en vez de avanzar en el proyecto de una sociedad fundada en la igualdad y la libertad, el mundo “tiende a retroceder a los estatutos de la Edad Media [...] en el que la cohesión social está minada por la oposición entre incluidos y excluidos”.¹⁰⁷

¹⁰³ HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, p. 30.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ FAUS, J. I., *Abjurar la Modernidad. Pecados originales de Occidente*, Cristianisme i Justícia, septiembre de 2002, p. 2. En el mismo sentido, Capella sostiene que “los principios de la Ilustración política sólo se han realizado deficiente e intermitentemente. La libertad ‘liberal’ en realidad ha sido por una parte un hermoso ideal, pero por otra una falsa ilusión: nunca ha inspirado permanentemente a las clases burguesas una cultura política consecuente”, en CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*, Trotta, Madrid, 1997, p. 121.

¹⁰⁵ BARCELONA, Prieto, *Postmodernidad y comunidad... op. cit.*, p. 97.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ FAUS, J. I., *Abjurar la Modernidad... op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁷ NAIR, Sami, *El Imperio frente a la diversidad del mundo*, trad. de Sara Barceló y María Cerdón, De Bolsillo, Barcelona, 1ª ed. junio 2004, p. 276. En este sentido, la Ilustración se constituye en un proyecto inacabado, “cuyas ambiciones y promesas revolucionarias han resultado recortadas, canceladas o cumplidas de manera perversa bajo el desarrollo del capitalismo”, ya que aunque los derechos humanos fueron proclamados para todos, en realidad sólo han podido ser ejercidos “por un reducido puñado integrado, de manera mayoritaria, por varones blancos, propietarios, de origen europeo, y

Tomando en consideración todos estos argumentos, es innegable que desde un inicio los derechos económicos, sociales y culturales fueron ignorados por motivos políticos e ideológicos y no solo por razones estrictamente jurídicas, con lo cual se atenúa la consideración de que son de una naturaleza distinta a la de los derechos civiles y políticos; de este modo, y tal como hemos tratado de demostrar en este apartado, no se puede sostener que existe una absoluta prioridad histórica de los derechos civiles y políticos, por lo que es infundada la tesis de una jerarquía entre los derechos en virtud de la histórica y jurídicamente infundada “fantasía nefasta de las llamadas ‘generaciones de derechos’ [...] que en la medida que alimentó una visión fragmentada o atomizada de los derechos humanos, ya se encuentra debidamente desmitificada.”¹⁰⁸ Como consecuencia, dicha prioridad histórica ha sido traducida en prioridad axiológica, y así las cosas, se ha distorsionado la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales al grado de ocupar un lugar menos privilegiado en la mayoría de las constituciones políticas y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Obviamente, las discusiones y la decisión final en torno a la adopción de dos instrumentos internacionales de derechos humanos tanto en el ámbito universal como en el interamericano, son producto de esta concepción histórica que ha condicionado nuestra percepción de los derechos económicos, sociales y culturales desde la revolución de 1789 hasta nuestros días. En este sentido, la reducción de los derechos económicos, sociales y culturales a derechos de segunda generación, siempre posteriores o detrás de los derechos civiles y políticos, minimiza la larga y compleja historia de reivindicación de los mismos que se inicia incluso en los albores

productivos de acuerdo a los criterios del mercado”, en PISARELLO, Gerardo, et al, *Derechos sociales y globalización: a modo de introducción*, Observatori DESC, Barcelona, 1ª ed. junio 2003, p. 4.

¹⁰⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio, A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos... op. cit.*, p. 132.

de la revolución francesa y que más o menos logra su concretización con las revoluciones sociales y obreras de mediados del siglo XIX.

Por tales razones, es importante dejar claro que en términos históricos no se puede seguir con la idea de una *sucesión* de los derechos humanos, sino de una expansión, acumulación y fortalecimiento que corresponde a una visión integrada de todos ellos, ya que las razones históricas e ideológicas de la compartimentalización - tanto durante el tiempo de la revolución de 1789 como durante la guerra fría- han desaparecido y “hoy podemos ver con claridad que los avances en las libertades públicas en tantos países en los últimos años deben necesariamente hacerse acompañar, no de retrocesos, como viene ocurriendo en numerosos países, sino de avances paralelos en el dominio económico-social”.¹⁰⁹ De esta forma, es claro que entre las dos categorías de derechos no puede haber más que una complementariedad y no antinomia, dado que los llamados “derechos de segunda generación”, cronológicamente más recientes, interactúan con los precedentes pero no los sustituyen.¹¹⁰

En ese sentido, el haber examinado, aunque sea brevemente el contexto histórico en el que nacen los derechos humanos, nos ilumina acerca de las razones por las cuales tenemos este estado de cosas y no otro, es decir, una concepción debilitada de los derechos económicos, sociales y culturales que por su marginación

¹⁰⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio, A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos... op. cit.*, p. 132. Peces-Barba sostiene que la historia de los derechos humanos ha contado con cuatro dimensiones difíciles de apreciar en una perspectiva sólo conceptual y ahistórica. “Así, la positivación, la generalización, la internacionalización y la especificación serían como grandes surcos por los que transcurrirá la evolución histórica de los derechos humanos”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y FERNÁNDEZ, Eusebio (Dir.), *Historia de los derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 3-9; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 156-199.

¹¹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antonio, A., “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en el final del siglo”, en RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.), *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1ª ed. noviembre de 1994, p. 349.

histórica y político-ideológica han sido reducidos a derechos de segunda clase y de menor categoría que los civiles y políticos, y como resultado, han sido dotados de mecanismos de protección debilitados. También hay que resaltar que si bien es cierto los derechos humanos nacieron como “expresión ideológica del triunfo de la burguesía”,¹¹¹ los mismos se han ido creando y recreando -mediante un proceso de generalización- a medida que las personas han ido actuando en el proceso de construcción social de la realidad; en consecuencia, es preferible señalar que no hay generaciones de derechos, sino más bien lo que Herrera Flores llama “generaciones de problemas que nos obligan a ir adaptando y readaptando nuestros anhelos y necesidades a las nuevas problemáticas”, especialmente la relacionada con la reivindicación de la interdependencia e indivisibilidad de *todos* los derechos humanos, “siendo las condiciones de ejercicio de la libertad, o sea, la igualdad un tema tan importante y urgente como la defensa de las libertades individuales”.¹¹²

No se puede esconder el asombro que produce el hecho de que la distinción de los derechos humanos en dos categorías, surgida y consolidada por los factores históricos tan contingentes que hemos analizado, haya penetrado tan profundamente como lo ha hecho en la teoría de los derechos contemporánea,¹¹³ a tal punto que en la actualidad, aún es necesario reafirmar los fundamentos para sostener la tesis de que los derechos económicos, sociales y culturales también son derechos al igual que los civiles y políticos, y que conjuntamente son esenciales para la realización del *proyecto de vida* de las personas. Por ello, el análisis histórico que hemos realizado ha sido imprescindible para entender el sentido de los derechos humanos,¹¹⁴ cuya primera consecuencia teórica que se desprende es la necesidad de abandonar de modo

¹¹¹ DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus Ediciones (1966), Madrid, 8ª ed. (rev.), octubre de 1981, p. 29.

¹¹² HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.), *El vuelo de Anteo... op. cit.*, p. 27, las citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 44 y 45.

¹¹³ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos... op. cit.* p. 97.

¹¹⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en *Íd., Escritos sobre derechos... op. cit.*, p. 228.

definitivo la distinción clásica entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, la cual es indudablemente útil para explicar el proceso de formación histórica de los derechos humanos pero no para sostener en la actualidad la existencia de dos categorías diferentes con rasgos estructuralmente diversos.¹¹⁵

1.1.2. De la prioridad histórica a la prioridad axiológica.

En el apartado anterior señalamos que una de las consecuencias de la lectura generacional de los derechos humanos es que el enfoque absolutista de la prioridad histórica o cronológica de los derechos civiles y políticos ha derivado en una prioridad axiológica, pues se considera que al ser promotores de un valor superior como la libertad, es necesario protegerlos de la mejor manera posible, incluso en detrimento de los derechos económicos, sociales y culturales a los cuales se les atribuye sólo la promoción del valor de la igualdad, con el supuesto riesgo de sacrificar la libertad en caso de que tengan la misma protección y jerarquía que los llamados derechos de “primera generación”.

Este punto de vista que divide a los derechos humanos de acuerdo al valor que protegen o promueven ha estado presente en todas las discusiones previas a la consagración normativa de los derechos tanto en el plano constitucional como en el internacional, y como consecuencia, a los derechos económicos, sociales y culturales se les ha dotado de sistemas de protección más debilitados en comparación con los derechos civiles y políticos. En el ámbito internacional, tales discusiones fueron el reflejo de la división del mundo en dos bloques ideológicos contrapuestos; por un lado, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y los influenciados por ésta, que defendían la causa de los derechos económicos, sociales y culturales a los que

¹¹⁵ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo de Andrés Ollero Tassara, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 95.

asociaban con los objetivos de la sociedad socialista, es decir, la igualdad; y por otro, los Estados occidentales, que afirmaban la prioridad de los derechos civiles y políticos como el fundamento de la libertad y la democracia en el mundo occidental.¹¹⁶

Como consecuencia, el objetivo inicial de adoptar un solo instrumento vinculante -tanto en el ámbito universal e interamericano- que, al igual que la Declaración Universal o la Declaración Americana, contuviera *todos* los derechos humanos, no fue concretado por la Asamblea General de la ONU y la Asamblea General de la OEA en sus respectivos ámbitos de competencia, promoviendo de este modo la división artificial de los derechos humanos mediante la elaboración de dos instrumentos distintos para consagrar a cada categoría de derechos: el PIDCP y el PIDESC en el sistema universal, y la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador en el Sistema Interamericano.

En ese orden de ideas, históricamente se ha creado un antagonismo entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, aduciendo que la opción por uno o por otro implica tomar partido por la libertad o por la igualdad, tal como se vio reflejado en las discusiones que se dieron durante la adopción de los pactos internacionales que señalamos anteriormente y que se tomó como una lucha ideológica entre el Este y el Occidente.¹¹⁷ El obvio resultado fue la

¹¹⁶ CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights... op. cit.*, pp. 8-9. Para una sistematización de los argumentos sostenidos durante el proceso de elaboración de los pactos en el sistema universal de la ONU en apoyo de la adopción de dos instrumentos distintos, véase SEPÚLVEDA, Magdalena, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la supuesta dicotomía entre las obligaciones impuestas por los pactos de Naciones Unidas", en CANTÓN, Octavio y CORCUERA, Santiago (Coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, pp. 112-116.

¹¹⁷ La convicción del supuesto antagonismo entre estos derechos se ve claramente reflejada en el pensamiento liberal de la época; por ejemplo, uno de los pensadores liberales más importantes plantea que "los viejos derechos civiles y los nuevos derechos sociales y económicos no pueden alcanzarse al mismo tiempo, sino que más bien son de hecho incompatibles; los nuevos derechos no se pueden imponer por ley sin destruir al mismo tiempo el orden liberal al que tienden los viejos derechos

separación de los derechos simbolizada en los instrumentos que hemos mencionado, lo cual ha sido utilizado como una prueba de la inherente diferencia estructural entre unos y otros derechos, perpetuándose así la percepción excesivamente monolítica en cuanto a la naturaleza, historia y concepción filosófica de cada categoría y contribuyendo a la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales son, en realidad, una clase distinta y separada del resto de derechos humanos, y que los derechos civiles y políticos tienen una jerarquía superior.¹¹⁸

Durante los últimos años, este antagonismo entre la libertad y la igualdad, y por tanto, entre los derechos que supuestamente promueven esos valores -derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, respectivamente-, se ha visto actualizado y fortalecido por los promotores del *laissez faire, laissez passer*, quienes consideran que únicamente la igualdad formal es compatible con la libertad, ya que cuando un Estado trata de igualar materialmente a las personas produce distorsiones en lo que Hayek llama el “orden espontáneo” en que se fundamenta el mercado y violenta su obligación de garantizar los derechos vinculados al valor libertad,¹¹⁹ que en su dimensión política exige como requisito esencial la libertad

civiles” y que el problema de la Declaración Universal radica en que “es un intento de fundir los derechos correspondientes a la tradición liberal de Occidente con la concepción, totalmente diferente, derivada de la revolución marxista rusa”, en HAYEK, Friedrich A. von, *Derecho, legislación y libertad... op. cit.*, pp. 305-306.

¹¹⁸ CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights... op. cit.*, p. 9. La ratificación de ambos pactos “llegó a plantearse incluso como una prueba de fe ideológica: o se optaba por los derechos civiles y políticos, y con ello por la libertad, o se estaba con los derechos económicos, sociales y culturales, y con ello con la igualdad”, en PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías... op. cit.*, pp. 41-42.

¹¹⁹ HAYEK, Friedrich A. von, *Derecho, legislación y libertad... op. cit.*, pp. 123 y 129. Para Nino, suponer que el orden del mercado es un “orden espontáneo” es un asunto alejado de la verdad, ya que, en primer lugar, “está basado en la estructura de la propiedad que, como es obvio, es establecida por leyes estatales promulgadas y aplicadas deliberadamente, las cuales convalidan ciertos actos de posesión y de transferencia de bienes, que podrían no ser reconocidos; les atribuyen ciertos derechos y obligaciones [...] y establecen sanciones penales contra quienes interfieren con esos derechos. En segundo lugar, esas leyes son aplicadas por tribunales y cuerpos policíacos que son sostenidos a través de ingresos derivados de las obligaciones positivas de pagar contribuciones. En tercer lugar, el mercado opera a través de contratos que, para poder hacerse valer, también requieren leyes, tribunales, cuerpos policíacos y contribuciones para pagar todas esas instituciones anteriores”, en

económica, pues permite a las personas cooperar entre sí sin la coacción de un centro decisorio; en este sentido, “la libertad económica reduce el área sobre la que se ejerce el poder político”, que combinado con el poder económico “en las mismas manos es una fórmula segura para llegar a la tiranía”.¹²⁰

De este modo, dicho valor es interpretado exclusivamente como “libertad de”, es decir, como el estado en que las personas no están sometidas a la coacción arbitraria del Estado, y frente a la cual los derechos civiles y políticos cumplen el papel de protección. En ese orden de ideas, se considera que la libertad no puede estar vinculada a otros conceptos como “capacidad” o “recursos”, que sí están relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales, y por lo tanto, hace que estos últimos se sostengan sobre un fundamento defectuoso.¹²¹

En el marco de esta posición se plantea que cuando una sociedad antepone la igualdad a la libertad en el sentido de los resultados, y se usa la fuerza para lograr la igualdad, entonces se destruye la libertad y se corre el riesgo de que la fuerza, introducida con buenas intenciones, termine en manos de personas que la pueden emplear para sus propios intereses; de allí que sólo sean permisibles las medidas estatales destinadas a apoyar la igualdad personal o la de oportunidades que aumentan la libertad pero no las medidas que pretenden lograr partes equitativas para todos, pues ellas reducen la libertad.¹²²

NINO, Carlos S., “Sobre los derechos sociales”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan A. y VÁSQUEZ, Rodolfo (Comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 138.

¹²⁰ FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose, *Libertad de elegir*, trad. cast. de C. Rocha, Grijalbo, Barcelona, 1980, ambas citas textuales corresponden a la p. 17.

¹²¹ HAYEK, Friedrich A. von, *Camino de servidumbre*, trad. José Vergara, Alianza Editorial, 3ª reimpresión 2005, pp. 38-43.

¹²² FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose, *Libertad de elegir... op. cit.*, pp. 193-195. Por ello, Peces-Barba resalta que la igualdad formal no ha sido impugnada y es un valor pacífico al momento de fundamentar los derechos, sin embargo, la igualdad material no es plenamente pacífica y hoy es impugnada como fundamento de los derechos, principalmente por el pensamiento neoliberal, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales... op. cit.*, p. 287.

Por tanto, aunque la pobreza y las desigualdades sean enormes, o por muy importantes que parezcan las exigencias del bienestar general, es imperativo que el Estado no pueda ni deba distribuir los recursos a través de los impuestos u otros medios, puesto que todo gravamen de las rentas del trabajo o de los beneficios económicos es moralmente inaceptable e implica una violación a la libertad individual, y en consecuencia, una injerencia en la esfera de los derechos individuales. En este sentido, al Estado sólo le corresponde un papel mínimo, limitado a la tutela de los derechos individuales, sin posibilidad de modificarlos y, menos aún, de sacrificarlos en aras de cualquier interés social o colectivo, ni siquiera mediante una política tributaria con fines distributivos, ya que equivaldría al trabajo forzado (*forced labour*) y supondría una injustificable lesión de los derechos de la persona sobre su propio cuerpo, esfuerzo y propiedad, así como de su derecho básico a no ser obligada a hacer determinadas cosas. Evidentemente, este planteamiento conduce a una desvalorización del Estado que queda reducido a un Estado mínimo, relegado al cumplimiento de funciones de vigilante nocturno (*night-watchman State*).¹²³

Bajo estos parámetros, es claro que la libertad sólo es entendida en su *dimensión negativa* que configura una esfera de inmunidad caracterizada por la ausencia de interferencias arbitrarias por parte de los poderes públicos y privados; y de este modo, los derechos económicos, sociales y culturales tendrían que ser considerados *no-derechos* debido a que requieren de la intervención constante del Estado y a que el único valor que supuestamente promueven -la igualdad- se contrapone a la libertad cuya esfera está protegida por los derechos civiles y políticos.

¹²³ NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford, 1974, pp. 32-33, 167 y ss.

Frente a dichas posiciones, es preciso reprochar que desde estas premisas se insista en afirmar el carácter irreductible del antagonismo entre libertad e igualdad, y que se sostenga que cualquier avance igualitario implica un menoscabo de la primera,¹²⁴ ya que en realidad no hay razones absolutas estructurales para contraponer estos valores, pues ambos se conectan de forma estrecha y se complementan mutuamente. Además, es necesario resaltar que la libertad no se limita a su *dimensión negativa*, sino que se expande hasta su *dimensión positiva*, que está ligada a “la posibilidad de definir planes de vida propios y a participar en la construcción de los asuntos públicos”; así las cosas, ambas dimensiones se constituyen en “elementos complementarios del concepto más amplio de libertad fáctica o real”, cuyo núcleo incluye la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.¹²⁵

En este sentido, sería un error pensar que la libertad como autonomía personal está constituida sólo por condiciones negativas, como la no interferencia de terceros, y que no requiere “también bienes y recursos que deben ser proveídos tanto por abstenciones como por la conducta activa de terceros, para la posibilidad de elegir y realizar planes de vida”.¹²⁶ Así como se distinguen varios planos de libertad, también se distinguen varios planos de igualdad, a tal punto que, “al momento de la libertad positiva, o libertad como poder, corresponde el momento de la *igualdad social*, llamada de otro modo igualdad de [...] oportunidades: exigir igualdad de las oportunidades significa cabalmente exigir que a todos los ciudadanos les sea

¹²⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución... op. cit.*, pp. 630-631.

¹²⁵ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías... op. cit.*, las citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 42 y 43.

¹²⁶ NINO, Carlos S., “Sobre los derechos sociales” ... *op. cit.*, pp. 138-139.

atribuida no solamente la libertad negativa o política, sino también la positiva que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales”.¹²⁷

De este modo, *todos* los derechos humanos están dirigidos al logro de la *igual libertad* para que todas las personas puedan desarrollar y fortalecer su autonomía, ser personas sociales más plenas, que ejercen su propia voluntad e interactúan con otras personas e influyen en el mundo en que viven, y en definitiva, logren la expansión de sus capacidades para “llevar el tipo de vida que valoran y que tienen razones para valorar”.¹²⁸ Es en esta línea argumental que la libertad “debe ser asumida en todo su ‘recorrido’, desde la concepción de la decisión en las profundidades de la psique hasta su materialización en el mundo externo; sus presupuestos positivos (disponibilidad de recursos) importan tanto como los negativos (exigencias de no-interferencia) [...]. Si la libertad es valiosa, entonces también lo es la capacidad positiva de llevar a la práctica las decisiones, así como los recursos que están en la base de esta capacidad”.¹²⁹

Por ello es que los derechos económicos, sociales y culturales se presentan como instrumentos para “gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada”.¹³⁰ Consecuentemente, *todos* los derechos humanos también son derechos de igualdad “en el sentido de que son atribuidos a todos los individuos *por igual*; pero *sólo algunos* derechos fundamentales son considerados, en sentido estricto, derechos de igualdad, en el sentido de que promueven la igualación de las

¹²⁷ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, pp. 46-47.

¹²⁸ SEN, Amartya, “La perspectiva de la libertad”, en *Íd.*, *Desarrollo y libertad*, trad. de Esther Rabasco y Luis Toharia, Planeta, Barcelona, 2000, pp. 31-34.

¹²⁹ CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales... op. cit.*, p. 97.

¹³⁰ PRIETO SANCHÍZ, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en AÑÓN, María José (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: El reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 122.

condiciones materiales de la vida”,¹³¹ permitiendo la consolidación y el ejercicio de una plena ciudadanía, es decir, una ciudadanía crítica, participativa y debidamente articulada en redes locales y nacionales que incidan efectivamente en las decisiones trascendentales de un país y por ende, en el fortalecimiento del Estado de derecho y de la democracia.

Así, se destaca la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales en cuanto a que promueven la igualdad precisa para la satisfacción de ciertas necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podrían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos civiles y políticos, y en consecuencia, para participar en plenitud en la vida política y disfrutar de sus beneficios.¹³² La superación del hambre, la enfermedad, la indigencia, el desempleo y la falta de acceso a la educación básica “supone satisfacer necesidades radicales que actúan como *prius* para la satisfacción efectiva de otras necesidades, no menos radicales, cuales son las que emanan de las diferentes manifestaciones de las libertades personales, civiles y políticas”.¹³³

De esta forma, los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser vistos como derechos de libertad, y los derechos civiles y políticos como derechos de igualdad, ya que todos ellos se complementan recíprocamente para asegurar la libertad fáctica o real, en el sentido de garantizar la satisfacción de las necesidades

¹³¹ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *Derechos humanos e injusticias cotidianas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 82. A la pregunta de en qué cosas debemos ser iguales los seres humanos, se puede responder que “[e]n aquellas sin las cuales no es posible, para ningún ser humano, llevar una vida en libertad, es decir, sin las cuales resulta imposible construir planes autónomos de vida y realizarlos, plantear fines valiosos y conseguirlos, o visto desde otra perspectiva, aquellas que se requieren como condición *sine qua non*, para evitar daños irreversibles a los seres humanos”, en CANTÓN, Octavio, “Prólogo”, en CANTÓN, Octavio y CORCUERA, Santiago (Coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, pp. XVI-XVII.

¹³² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 57-58.

¹³³ PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 207-208.

básicas que permitan a las personas desarrollar y disfrutar de su autonomía. En el caso específico de los derechos económicos, sociales y culturales, “aparecerían como instrumentos indispensables para dar a la libertad un contenido real y estabilidad en el tiempo, asegurando las condiciones materiales que la posibilitan tanto en la esfera privada como en los procedimientos públicos de toma de decisiones”.¹³⁴ En este sentido, todos los derechos humanos juegan un papel fundamental en la realización tridimensional de la libertad como protección, participación y promoción; las dos primeras dimensiones justifican los derechos civiles y políticos y la tercera los derechos económicos, sociales y culturales.¹³⁵

De todo lo anterior se desprende que no hay motivos sólidos para seguir contraponiendo libertad e igualdad como si fueran valores antagónicos o como si la primera es superior a la segunda, y viceversa; y aún en el caso de que así fuera, habría que preguntarse si existe un método correcto para determinar la supuesta jerarquía entre estos valores, y las razones por las cuales se podría preferir únicamente el valor libertad o el de igualdad, si es claro que “un régimen que privilegia la libertad puede dejar que se incremente la desigualdad y, a la inversa, que la búsqueda de la igualdad pueda hacerse al precio de una renuncia a la libertad. Pero es más cierto todavía que no hay democracia que no sea la combinación de esos

¹³⁴ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías... op. cit.*, pp. 45-46. “Todos los derechos civiles, políticos y sociales pueden conectarse, en consecuencia, tanto al principio de igualdad formal, que proscribire la discriminación, como al principio de igualdad sustancial, que obliga a compensar o a remover las desigualdades fácticas. Contemplados desde el punto de vista de la igualdad formal, los derechos civiles y políticos incluirían el derecho a no ser discriminado de manera arbitraria en el ejercicio de la libertad de expresión, o del derecho de asociación, o de la libertad ideológica. Contemplados desde la perspectiva de la igualdad sustancial, comprenderían el derecho a las condiciones materiales que permiten ese ejercicio, así como a la eliminación de los obstáculos públicos y privados que lo impidan [...]. Entendida como capacidad para participar en la vida social y para definir, revisar y mantener los propios planes de vida, la igual libertad con la que tienen que ver los derechos civiles, políticos y sociales sería aquella que garantiza, más bien, iguales oportunidades reales para todos”.

¹³⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Escasez y derechos humanos”, en SAUCA CANO, José María (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 209.

dos objetivos y que no los una mediante la idea de fraternidad".¹³⁶ Ambos valores, concretados en derechos -civiles, políticos, económicos, sociales y culturales- buscan la máxima expresión de la dignidad humana, y es aquí donde el Estado debe utilizar sus poderes para promover los objetivos que se sitúan en el corazón de una sociedad democrática: la igualdad y la libertad.¹³⁷

Contrariamente, hoy en día la tendencia es reducir esos poderes a simple gendarmería para proteger la inversión del capital y el buen funcionamiento del mercado, y convertir al Estado en árbitro del *sálvese quien pueda*, en donde los más débiles, a quienes los derechos económicos, sociales y culturales buscan fortalecer, siguen siendo los grandes perdedores, con lo que se comprueba que esta versión de Estado sólo está dispuesta a reconocerles una igualdad formal a condición de que permanezcan estáticos en sus desigualdades.¹³⁸

En este nuevo papel, el Estado abdica de sus posibilidades y poderes, adopta una postura restrictiva respecto a los problemas, necesidades e intereses de la sociedad, y muchas cosas esenciales quedan libradas a la dinámica del mercado y de los intereses privados, por una parte, y al arbitrio de las elites y aparatos gubernamentales, por la otra. Por tanto, para alcanzar la igualdad material que fortalezca la autonomía individual, se necesita un Estado fuerte, capaz de promover una sociedad democrática de plena participación en la que hombres y mujeres libres e iguales converjan entre la autonomía y la sociabilidad, entre la afirmación

¹³⁶ TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Mauro Armíño, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1994, p. 162.

¹³⁷ M. FISS, Owen, *La Ironía de la libertad de expresión*, trad. de Víctor Ferreres Comella y Jorge F. Malem Seña, Gedisa, Barcelona, 1ª ed. abril de 1999, pp. 12 y 41.

¹³⁸ NAIR, Sami, *El Imperio frente a la diversidad del mundo... op. cit.*, p. 162.

individual y la responsabilidad social, y en donde la libertad e igualdad se refuercen recíprocamente.¹³⁹

En este sentido, *todos* los derechos humanos se constituyen en técnicas esenciales mediante las cuales tanto la libertad como la igualdad se convierten en fines supremos a perseguir en una sociedad que se precie democrática, por lo que una visión que divida y jerarquice los derechos humanos en virtud de que unos *sólo* promueven la libertad y otros *sólo* promueven la igualdad, “se basa en el desconocimiento de una realidad elemental: que todos los derechos, civiles, políticos y sociales pueden en realidad considerarse instrumentos para extender el ámbito de libertad de las personas y los grupos en los que éstas actúan”.¹⁴⁰

2. La naturaleza y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales.

Al comienzo de este trabajo se planteó que cuando se ha pretendido delimitar conceptualmente a los derechos económicos, sociales y culturales, muchas veces se les ha identificado principalmente con ciertos rasgos que acrecientan las diferencias con los derechos civiles y políticos. Aunado a ello, también se sostiene que, además de una distinta génesis histórica, los derechos humanos se diferencian en dos categorías debido al tipo de obligaciones que generan, de la carga económica y presupuestaria que representan y de la vaguedad e indeterminación de sus contenidos, entre otras cosas.

De esta manera, se ha considerado que los derechos civiles y políticos sólo generan obligaciones negativas, que son derechos baratos y que tienen un contenido

¹³⁹ KAPLAN, Marcos, *El Estado Latinoamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996, pp. 274-275 y 281.

¹⁴⁰ PISARELLO, Gerardo, et al, *Derechos sociales y globalización... op. cit.*, p. 5. Los derechos humanos son “instrumentos dirigidos a maximizar, en cada momento concreto, el grado de igualdad necesario para generalizar las libertades individuales, y el grado de libertad necesario para la igualdad colectiva de los individuos”, PISARELLO, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción*, Icaria, Barcelona, 1ª ed. noviembre 2003, p. 28.

suficientemente determinado; en cambio, que los derechos económicos, sociales y culturales sólo generan obligaciones positivas, que son derechos caros y que tienen un contenido impreciso e indeterminado. En base a ello, se contraponen la supuesta perfección de los primeros frente a una supuesta imperfección de los segundos, que los hace de difícil protección y realización efectiva.

Por ello, es preciso analizar tales argumentos para rebatirlos -o al menos matizarlos-, y demostrar que la división de los derechos en categorías “sigue obedeciendo a los intereses y prejuicios que retrasaron la aparición histórica de los [derechos económicos, sociales y culturales], y que no resiste un análisis teórico libre de tales prejuicios”;¹⁴¹ en consecuencia, la justiciabilidad o no justiciabilidad de un derecho, sea civil, político o económico, social y cultural, es más una cuestión de voluntad legislativa, y por tanto, política, que un asunto relativo a una supuesta estructura natural de determinados derechos.

2.1. El carácter prestacional de los derechos.

Respecto al tipo de obligaciones que generan, si asumimos la interpretación liberal clásica que concibe a los derechos humanos como aquellos destinados a asegurar la esfera de la libertad de las personas frente al Estado, entonces los derechos se dividen en derechos de defensa que requiere acciones negativas u omisiones por parte de los poderes públicos, y derechos que requieren acciones positivas por parte del Estado; por tanto, el criterio que los define reside en el contenido de la obligación.

Así entendido, se plantea que mientras los derechos civiles y políticos *sólo* generan obligaciones negativas a cargo de los poderes públicos, los derechos

¹⁴¹ HIERRO, Liborio, “Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy” ... *op. cit.*, p. 172.

económicos, sociales y culturales *sólo* generan obligaciones positivas por parte del Estado; en el primer caso, el Estado se limita a no interferir, a abstenerse, a omitir cualquier conducta que interfiera con las libertades individuales; en el segundo, el Estado debe realizar una variedad de acciones positivas para garantizar tales derechos, es decir, el contenido de la obligación es de carácter positivo, de dar o hacer algo.¹⁴²

De esta forma, se considera que los derechos civiles y políticos consisten en facultades o inmunidades que le corresponden prohibiciones de lesión o de impedimento, sometidos únicamente a vínculos negativos; mientras que a los derechos económicos, sociales y culturales le atañen obligaciones positivas de prestación o de satisfacción y están sometidos a vínculos positivos, entendiéndose así que estos últimos son derechos a prestaciones públicas positivas como el trabajo, la salud, la educación, un salario justo, la subsistencia y la seguridad social.¹⁴³

En este sentido, se apunta que los derechos civiles y políticos son derechos frente a los cuales el Estado está obligado a un *resultado* concreto, que es el de un orden jurídico-político que los reconozca y garantice, y por tanto, son derechos inmediatamente exigibles y susceptibles de control jurisdiccional; los derechos económicos, sociales y culturales, en cambio, contienen obligaciones de *medio* o de *comportamiento*, lo que implica que para determinar si un Estado los ha violado, no basta con demostrar que no han sido satisfechos, sino que el comportamiento del poder público en orden a alcanzar ese fin no se ha adecuado a los estándares apropiados. En otros términos, la realización de estos derechos no depende de la sola

¹⁴² Esta distinción se ha dado por sentada en el pensamiento jurídico internacional a tal punto que autores tan importantes como Carrillo Salcedo, justifica la adopción de dos instrumentos distintos para cada categoría de derechos en el ámbito universal de la ONU, dado que “los Pactos tienen en cuenta la diferente naturaleza de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales [...]”, en CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados... op. cit.*, pp. 82-83.

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, en *Íd.*, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, p. 108.

instauración de un orden jurídico sino de la conquista de un orden social justo en materia de distribución de bienes, lo cual sólo se puede lograr de manera progresiva; por tanto, su exigibilidad está condicionada a la existencia de recursos suficientes, y como el control del cumplimiento de esta clase de obligaciones implica un juicio sobre la política económica y social, los tribunales no están legitimados democráticamente para ello, sino que la tutela de estos derechos corresponde a instituciones político-técnicas o cuasi-jurisdiccionales mediante la emisión de informes periódicos sobre la situación social y económica del Estado en cuestión.¹⁴⁴

De esta manera se ha construido una imagen exclusivamente prestacional y onerosa de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual ha condicionado y justificado su protección debilitada, en el sentido de que al asumir su contenido en forma de *expectativas positivas* que imponen deberes de hacer o de dar, en muchas ocasiones su violación se manifiesta a través de lagunas de disposiciones y/o carencias en las prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables en juicio, al contrario de la vulneración de los derechos civiles y políticos, que al asumir la forma de *expectativas negativas* que imponen deberes de no hacer o de no interferir, su violación generalmente se manifiesta en la falta de validez de actos (legislativos, administrativos, o judiciales) que pueden ser anulados por vía jurisdiccional.¹⁴⁵ Sobre este asunto volveremos más adelante.

Sobre la base de todo lo anterior se podría argumentar que así como el derecho a la libertad de expresión genera la prohibición de la censura u otras limitaciones a su ejercicio, derechos económicos, sociales y culturales como a la salud o a la educación generan la obligación de proporcionar las correspondientes prestaciones sanitarias o educativas. Si bien a primera vista es posible sostener la

¹⁴⁴ NIKKEN, Pedro, "El concepto de derechos humanos" ... *op. cit.*, p. 31.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, "De los derechos del ciudadano a los de la persona" ... *op. cit.*, p. 109.

validez de esta distinción, al realizar un análisis más profundo se puede refutar la claridad de la misma, pues tanto la evolución jurisprudencial e interpretativa del derecho internacional como el avance doctrinal en esta materia, han diluido toda distinción absoluta entre las obligaciones que imponen los derechos civiles y políticos, por un lado, y las que imponen los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro.

Aunque en el siguiente capítulo analizaremos con más detalle lo que han venido sosteniendo al respecto algunos órganos de control judicial o cuasi-judicial como el CDESC, la CIDH o la Corte IDH, por el momento se puede puntualizar que es discutible seguir planteando que los derechos civiles y políticos sólo generan prohibiciones u obligaciones negativas por parte del Estado y que los derechos económicos, sociales y culturales sólo originan obligaciones positivas, pues ello implica caer en un reduccionismo incapaz de ver los matices en materia de obligaciones que se encuentran intrínsecamente en todos los derechos humanos.

No es difícil demostrar que todos los derechos se caracterizan por contener un complejo de obligaciones negativas y positivas a cargo del Estado, ya que el carácter prestacional no es un atributo exclusivo de los derechos económicos, sociales y culturales sino que también puede serlo de los derechos civiles y políticos;¹⁴⁶ por tanto, es debatible pensar que existe un derecho puro en el sentido de generar únicamente un tipo de obligaciones, y que en base a ello, los derechos sean divididos en dos categorías, tal como sucedió con los instrumentos internacionales en los que los derechos fueron artificialmente divididos -tanto en el ámbito universal como interamericano- como si se tratara de dos cosas distintas.¹⁴⁷

¹⁴⁶ CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 72.

¹⁴⁷ SHUE, Henry, *Basic Rights. Subsistence, affluence and U. S. Foreign Policy*, Princenton University Press, Princenton, New Jersey, 2nd edition, 1996, p. 5.

En ese orden de ideas, ningún derecho puede caracterizarse únicamente como un derecho negativo o de abstención, ni exclusivamente como un derecho positivo o de prestación; piénsese en las acciones positivas del Estado para (a) asegurar el derecho al voto mediante la celebración de elecciones libres, las cuales abarcan cuestiones que van desde la compra de urnas, papel, tinta, hasta la formación de personal fiscalizador, la adecuación de los establecimientos necesarios donde ejercer el derecho, y los sistemas de recuento de votos; (b) la construcción y el mantenimiento de las vías de comunicación para asegurar la libertad económica; (c) la libertad de expresión que no sólo se reduce a la simple prohibición de la censura, sino que comprende también “la habilitación de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios o televisiones, o una regulación, en general, que evite los monopolios y garantice el pluralismo informativo”.¹⁴⁸

(d) El derecho de propiedad que implica un sinnúmero de prestaciones públicas costosas que van desde la creación y funcionamiento de los registros públicos de la propiedad hasta la financiación de juzgados, funcionarios y fuerzas de seguridad que puedan garantizar los contratos mercantiles; (e) el derecho a no ser torturado requiere de funcionarios policiales debidamente capacitados en principios garantistas, y de la construcción y mantenimiento de centros de detención adecuados y en correspondencia con la dignidad de las personas detenidas; (f) el funcionamiento de los registros civiles para asegurar la validez jurídica de figuras constitucionales como los matrimonios, los divorcios, las defunciones, los nacimientos, etc.; (g) la estructuración del sistema judicial; (h) el sostenimiento del aparato policial y de defensa; todo ello, en general, implica hacer uso de importantes recursos financieros.

¹⁴⁸ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías... op. cit.*, p. 60.

En esa línea argumental, la Corte IDH ha señalado, por ejemplo, que de la obligación de garantizar los derechos humanos en general, y los derechos civiles y políticos en particular, deriva el deber estatal de capacitar y formar a sus funcionarios (personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico) sobre los principios y normas de protección de estos derechos, especialmente los “relacionados con la detención de personas, sus derechos y garantías judiciales, el trato que deben recibir, sus condiciones de detención, tratamiento y control médico, el derecho a contar con un abogado, a recibir visitas, a que los procesados y condenados se alojen en instalaciones diferentes [... lo cual] implica deberá incluir la asignación de recursos específicos para conseguir sus fines”.¹⁴⁹

O piénsese en (a) el derecho a la salud que también incluye deberes negativos como el de prohibir que el Estado y/o particulares contaminen o que comercialicen productos en mal estado; (b) el derecho a una vivienda digna que entraña además el derecho a no ser desalojado arbitrariamente y a no ser objeto de cláusulas abusivas en los contratos de arrendamiento; (c) el derecho al trabajo que implica la prohibición de los despidos injustificados o el respeto por la libertad de expresión de los trabajadores; (d) el derecho a la educación que también involucra la libertad de los padres a escoger el centro educativo de sus hijos; (e) los derechos de huelga y libre sindicalización que requieren la no intervención del Estado; etc.¹⁵⁰

Es más, derechos como los de huelga y libre sindicalización se caracterizan por la ausencia de una obligación prestacional del Estado, y por la existencia de una obligación negativa para que los poderes públicos se abstengan de interferir en su

¹⁴⁹ Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 07 de septiembre de 2004, párr. 263-264.

¹⁵⁰ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...* op. cit., p. 61; CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Derechos sociales: Clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual”... op. cit., pp. 4-5.

ejercicio; en otros términos, aunque están dentro de la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, se instituyen con la misma técnica jurídica que los derechos civiles y políticos. Sobre esta base se puede sostener que hay derechos humanos con una naturaleza híbrida, incluso algunos derechos tradicionalmente considerados civiles y políticos como por ejemplo, el derecho al matrimonio y a fundar una familia (art. 23.1 del PIDCP y art. 17 de la CADH), la cual, al ser considerada el elemento natural y fundamental de la sociedad, evidentemente tiene una naturaleza cambiante que hace que su función social no sea simplemente una cuestión de derechos civiles, sino también de derechos económicos, sociales y culturales.¹⁵¹

Siguiendo esta misma línea, en el ámbito de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante la CADHP) ha señalado que existe una combinación de obligaciones positivas y negativas que los Estados deben cumplir y aplicar a *todos* los derechos humanos.¹⁵² En la esfera europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el TEDH), ha instaurado una jurisprudencia que contribuye a atenuar las barreras tradicionales que dividen ambas categorías de derechos en función de las obligaciones que le corresponden a cada uno de ellos, las positivas *sólo* a los civiles y políticos, y las negativas *sólo* a los económicos, sociales y culturales; por poner un ejemplo, este tribunal ha afirmado que también a los derechos civiles y políticos le corresponden obligaciones que van más allá de la simple abstención y

¹⁵¹ DAVIDSON, Scott, "Introduction", CONTE, Alex, DAVIDSON, Scott and BURCHILL, Richard, *Defining civil and political rights. The jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Ashgate, Aldershot, Hants, 2004, p. 2.

¹⁵² Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Caso N° ACHPR/COMM/A044/1 (Centro de Acción de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vs. Nigeria)*, 27 de mayo de 2002, <<http://www.umn.edu/humanrts/africa/comcases/allcases/html>> [Consulta 10 de noviembre de 2007].

que consisten en la adopción de acciones positivas para garantizar la efectividad de un derecho determinado.¹⁵³

En el ámbito interamericano, la Corte IDH ha sostenido que en el marco del artículo 1.1 de la Convención Americana, la obligación de *respetar* tiene un carácter negativo y la de *garantizar* tiene una naturaleza positiva, y en ese sentido, la obligación de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos implica el deber “de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público”.¹⁵⁴ Consecuentemente, para que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales tengan relevancia práctica y no queden en simple retórica jurídica, necesitan la conjugación de obligaciones estatales de hacer y de no hacer.¹⁵⁵

En virtud de esta pluralidad de obligaciones, algunos autores han señalado una serie de niveles de deberes estatales frente a todos los derechos humanos; una tipología tripartita que consiste en (a) la obligación de evitar privaciones (*duties to avoid depriving*); (b) la obligación de proteger (*duties to protect from deprivation*); y (c) la obligación de ayudar (*duties to aid the deprived*);¹⁵⁶ una tipología cuatripartita consistente en (a) la obligación de respetar (*obligation to respect*), (b) la obligación de

¹⁵³ Al respecto véase, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Marckx vs. Belgium*, Sentencia del 13 de junio de 1979. Toda la información relativa a este órgano internacional (sentencias, opiniones consultivas, etc.) puede encontrarse en <http://www.echr.coe.int/echr/>

¹⁵⁴ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166-168; Íd., *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 175-177.

¹⁵⁵ CARBONELL, Miguel, “Breves reflexiones sobre los derechos sociales”, en GUTIÉRREZ, Juan Carlos (Coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales (Memorias del seminario internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales)*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México - Comisión Europea, SRE, México, 1ª ed. diciembre de 2005, p. 48.

¹⁵⁶ SHUE, Henry, *Basic Rights... op. cit.*, pp. 52-53. En un artículo posterior, este autor cambia el nombre de la primera de las obligaciones -de evitar privaciones (*duties to avoid depriving*)- por “obligación de respetar” (*duty to respect*), en Íd., “The interdependence of duties”, in ALSTON, Philip and TOMAŠEVSKI, Katrina (Eds.), *The right to food... op. cit.*, pp. 84-85.

proteger (*obligation to protect*), (c) la obligación de garantizar (*obligation to ensure*), y (d) la obligación de promover (*obligation to promote*);¹⁵⁷ y una tipología de cinco obligaciones consistente en (a) la obligación de respetar los derechos de los otros (*duty to respect the rights of others*); (b) la obligación de crear la maquinaria institucional esencial para la realización de los derechos humanos (*duty to "create institutional machinery essential to realization of rights"*); (c) la obligación de proteger los derechos/prevenir violaciones a los derechos (*duty to protect rights/prevent violations*); (d) la obligación de proveer bienes y servicios para satisfacer los derechos (*duty to provide goods and services to satisfy rights*); y (e) la obligación de promover los derechos (*duty to promote rights*).¹⁵⁸

En el plano universal se ha seguido de forma cercana la tipología tripartita anterior, en el sentido de que el CDESC ha señalado que en materia de derechos humanos los Estados tienen (a) la obligación de respetar, que posee un carácter negativo y consiste en la no interferencia del Estado en la libertad de acción y de uso de los recursos propios de las personas para satisfacer sus necesidades; (b) la obligación de proteger, que exige la prevención de amenazas o ataques a los derechos, así como la imposición de sanciones a los responsables de las conductas lesivas; y (c) la obligación de satisfacer, que implica tomar medidas concretas para permitir que las personas gocen de sus derechos, especialmente cuando no sean capaces de hacerlo por sí solas.¹⁵⁹

¹⁵⁷ HOOFF, Godfried van, "The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views" ... *op. cit.*, p. 106.

¹⁵⁸ STEINER, Henry J. and ALSTON, Philip, *International Human Rights in context. Law, politics and moral*, Oxford University Press, New York, 2nd ed., 2000, pp. 180-185.

¹⁵⁹ Al respecto véanse las siguientes Observaciones Generales del CDESC: OG N° 3 (1990) *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*; OG N° 4 (1991) *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*; OG N° 5 (1994) *Personas con discapacidad*; OG N° 6 (1995) *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*; entre otras.

Siguiendo esta sistematización, en un primer nivel los Estados deben, por ejemplo, *respetar* los recursos que son propiedad de las personas, su libertad de buscar un trabajo de su preferencia y su libertad para realizar las acciones necesarias y hacer uso de los recursos requeridos -solas o en asociación con otras- para satisfacer sus propias necesidades; en un segundo nivel, los Estados deben, a manera de ejemplo, *proteger* la libertad de acción y de uso de los recursos contra intereses económicos poderosos, contra el fraude, contra los comportamientos poco éticos en el comercio y las relaciones contractuales, contra la comercialización y el vertido de productos peligrosos; y en un tercer nivel, por ejemplo, el Estado tiene la obligación de *satisfacer* los bienes y servicios necesarios en virtud de los derechos económicos, sociales y culturales, ya sea facilitando su adquisición o proporcionándolos directamente.¹⁶⁰

Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos (en adelante el CDH), órgano encargado de vigilar el cumplimiento de los derechos consagrados en el PIDCP, ha sostenido en repetidas ocasiones que la obligación de *respetar* implica una obligación de no interferencia por parte de los poderes públicos y que la obligación de *garantizar* entraña una serie de medidas de carácter positivo.¹⁶¹ Y más importante aún, en relación con el derecho a la vida, el CDH ha establecido que

[...] el derecho a la vida ha sido con mucha frecuencia interpretado en forma excesivamente restrictiva. La expresión "el derecho a la vida es inherente a la persona humana" no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho

¹⁶⁰ KRAUSE, Eide, "Economic, social and cultural rights as human rights" in ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina and ROSAS, Allan (Eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook*, 2nd revised ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 2001, pp. 23-24.

¹⁶¹ Al respecto véanse las siguientes Observaciones Generales del CDH: *Observación General N° 3* (1981). *Artículo 2 - Aplicación del Pacto a nivel nacional*; *Observación General N° 4* (1981). *Artículo 3 - Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos*; *Observación General N° 17* (1989). *Artículo 24 - Derechos del niño*; *Observación General N° 28* (2000). *Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*.

exige que los Estados adopten medidas positivas. A este respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados Partes tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias.¹⁶²

Finalmente, el numeral 7 de las *Directrices de Maastricht* establece que las obligaciones de respetar, proteger y cumplir, incluyen elementos de una *obligación de conducta* y de una *obligación de resultado*, e ilustran cómo en el caso del derecho a la salud, la obligación de conducta puede implicar la aprobación y ejecución de un plan de acción destinado a reducir el índice de mortalidad materna, mientras que la obligación de resultado demanda que los Estados cumplan objetivos concretos que satisfagan un norma jurídica precisa.¹⁶³ De la misma manera, en el caso del derecho a no ser torturado el Estado tiene la obligación (de conducta) de abstenerse del uso de la tortura y la obligación (de resultado) de impedirla y erradicarla en su territorio.

Sobre la base de lo anterior, es claro que no se puede seguir sosteniendo la tesis absolutista de que unos derechos tienen un carácter *negativo* y otros un carácter *positivo*, pues al final las diferencias en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones estatales tienen para cada derecho es una cuestión de grado,¹⁶⁴ y no necesariamente es un asunto de pertenencia a una u otra categoría de derechos. De cualquier forma, es preciso reafirmar que *todos* los derechos humanos necesitan de (a) condiciones regulatorias que definan las circunstancias y consecuencias de su ejercicio, sin las cuales su propia existencia sería ininteligible y (b) condiciones

¹⁶² CDH, *Observación General N° 6* (1982). Artículo 6 - Derecho a la vida, párr. 5.

¹⁶³ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, Países Bajos, 22-26 de enero de 1997, n° 7. Este documento adoptado por un grupo de expertos, constituye una fuente interpretativa importante a la que acude con frecuencia el CDESC.

¹⁶⁴ CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales... op. cit.*, p. 21. En el mismo sentido, Ferrajoli sostiene que la diferencia entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales es sólo una diferencia de grado ya que todos los derechos humanos contienen expectativas negativas y positivas, en FERRAJOLI, Luigi, "Prólogo", en ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles... op. cit.*, p. 10.

institucionales, como la creación de oficinas públicas, registros, etc., que son indispensables para otorgar certeza a los derechos; y todo ello requiere la acción positiva del Estado.¹⁶⁵

En esta línea argumental, autores como Alexy señala que hay derechos a acciones negativas o *derechos de defensa*, que imponen límites al Estado en la persecución de sus fines, y derechos a acciones positivas o *derechos a prestaciones en sentido amplio*, que imponen al Estado la persecución de determinados objetivos. Estos últimos se dividen en (1) derechos a protección; (2) derechos a organización y procedimiento; y (3) derechos a prestaciones en sentido estricto.¹⁶⁶ Esta clasificación de los derechos nos permite ver que la dimensión prestacional (acciones positivas por parte del Estado) no sólo es una cuestión inherente a los derechos económicos, sociales y culturales, sino también a los derechos civiles y políticos.

Así, (1) los derechos a *protección* son aquellos que se reclaman frente al Estado para que proteja al titular de intervenciones de terceros, y su ámbito puede extenderse desde la protección contra las acciones de homicidio del tipo clásico (derecho a la vida) hasta la protección frente a los peligros del uso de la energía atómica o de los desastres naturales (derecho a la salud); (2) los derechos a *organización y procedimiento* son derechos frente al Estado (a) para que formule normas constitutivas para las acciones de derecho privado como las normas de la propiedad y del matrimonio sin las cuales no existirían estas dos figuras en sentido jurídico, (b) para que garantice una protección jurídica efectiva mediante cierto tipo de procedimientos, por ejemplo, los juicios justos, imparciales y con determinadas garantías, (c) para que ordene al legislador la adopción de ciertas normas de

¹⁶⁵ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Bomarzo, Madrid, 1ª ed. abril de 2006, p. 11-12.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. al cast. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 430.

organización como aquellas necesarias para organizar los medios de comunicación y su acceso en virtud del derecho a la libertad de expresión, y (d) para que facilite los procedimientos que permitan a las personas una participación eficaz en la formación de la voluntad estatal mediante el derecho a elegir y ser electo, la libertad de expresión, de prensa y de acceso a la información; y finalmente, (3) los derechos a *prestaciones en sentido estricto* que son aquellos que requieren la prestación de bienes y servicios a cargo del Estado.¹⁶⁷

Bajo estos criterios, si pensáramos en el derecho a un medio ambiente sano, por ejemplo, podríamos observar que incluye (a) un derecho a que el Estado omita cierto tipo de intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), (b) un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho frente a intervenciones de terceros que dañan el medio ambiente (derecho a protección), (c) un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho a procedimientos), y (d) un derecho a que el propio Estado realice acciones tendientes a mejorar el medio ambiente (derecho a prestación).¹⁶⁸

En esta misma línea, Peces-Barba sostiene que dentro de los derechos económicos, sociales y culturales se pueden encontrar diversas categorías; (a) los *derechos autonomía*, que adoptan la misma forma de organización que los derechos civiles y políticos, pues garantizan a las personas la realización libre y sin obstáculo de determinados fines, un determinado ámbito de libertad, sin posibles interferencias por parte del Estado, de los restantes poderes públicos y de los demás individuos, entre los cuales se destacan los derechos de huelga y de libre sindicación; (b) los *derechos de prestación*, que adoptan una estructura análoga a la de los derechos de

¹⁶⁷ *Ibíd.*, pp. 435-482. Para un análisis sucinto de la propuesta de Alexy, véase CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "Derechos sociales: Clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual"... *op. cit.*, pp. 9-14.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...* *op. cit.*, p. 429.

crédito, cuyo titular -todo ciudadano, o un ciudadano situado, por ejemplo, el parado o el enfermo-, tienen derecho a exigir una acción positiva, un comportamiento, una prestación, unos servicios del Estado, de otros poderes públicos o incluso de otros particulares, entre los que destacan los derechos relativos a las condiciones laborales, el salario mínimo, la jornada legal, etc.; y (c) los *derechos deber*, que suponen que el titular del derecho tiene al mismo tiempo una obligación respecto a esas conductas protegidas por el derecho humano. “No se trata de que frente al derecho del titular otra persona tenga un deber frente a ese derecho, sino que el mismo titular del derecho soporta la exigencia de un deber. Se trata de derechos valorados de una manera tan importante por la comunidad y por su Ordenamiento jurídico que no se pueden abandonar a la autonomía de la voluntad sino que el Estado establece deberes para todos, al mismo tiempo que les otorga facultades sobre ellos. El caso más claro de esta tercera forma de protección de los derechos económicos, sociales y culturales es el derecho a la educación correlativo de la enseñanza básica obligatoria.”¹⁶⁹

Es importante resaltar que tradicionalmente los derechos económicos, sociales y culturales se han identificado sólo como *derechos de prestación*, causando con ello muchas de las confusiones y de muchos de los intentos que procuran separar a los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual es hoy insostenible pues tal como hemos visto, hay derechos económicos, sociales y culturales que se organizan jurídicamente igual que los derechos civiles y políticos, y hay derechos de esta última categoría que se organizan jurídicamente como derechos que exigen una prestación positiva de los poderes públicos.¹⁷⁰

¹⁶⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en Íd., *Escritos sobre derechos... op. cit.*, pp. 208-209.

¹⁷⁰ *Ibidem.*, p. 209.

De esta manera, existen (a) derechos económicos, sociales y culturales “que se encuentran totalmente equiparados a los derechos de libertad o de participación política, porque están plenamente desarrollados con financiación total y son justiciables plenamente, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”; (b) derechos económicos, sociales y culturales que tienen una estructura y una organización similar a los derechos clásicos de libertad y que, por consiguiente, no tienen problemas de financiación, ni suponen dificultad para ser justiciables: lo son en plenitud, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”; y (c) derechos económicos, sociales y culturales que son “derechos incompletos, donde se recoge el principio, el ámbito a proteger y los posibles beneficiarios, pero donde no se ha desarrollado la dimensión subjetiva, sino que ésta se deja a criterio del legislador, que puede desarrollarla por ley”.¹⁷¹

Sobre esta base se puede decir que el espectro de las obligaciones estatales se mueve dentro de dos extremos: digamos que en el extremo izquierdo se encuentra la *obligación de no interferencia* y en el extremo derecho la *obligación positiva de hacer*; de este modo, es posible que una obligación específica pueda localizarse en cualquier lugar de dicho espectro sin importar de qué categoría de derecho proviene. Piénsese por ejemplo en el derecho a la vida, en cuyo extremo izquierdo de su espectro contiene una *obligación más negativa*, es decir, la obligación del Estado de no matar a las personas sujetas a su jurisdicción, y en el extremo derecho una *obligación más positiva* que contiene la obligación del Estado de satisfacer las necesidades básicas para mantener la vida de esas personas. Vistas así las cosas, podemos afirmar que entre el extremo izquierdo (obligación más negativa) y el extremo derecho (obligación más positiva) existen una serie de obligaciones estatales que van desde (a) el deber de tomar medidas positivas para asegurar que las personas que se

¹⁷¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en ALEXY, Robert, et al, *Derechos sociales y ponderación... op. cit.*, las tres citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 92, 93 y 94.

encuentren bajo su jurisdicción no sean privadas de su vida arbitrariamente por terceras personas o por agentes del Estado; (b) el deber de investigar de forma efectiva cuando una persona haya sido privada arbitrariamente de su vida; y (c) el deber de reparar los efectos negativos de dicha privación. En consecuencia, todos estos componentes del espectro son esenciales para la protección del derecho a la vida y para darle un contenido amplio acorde con la dignidad humana.¹⁷²

Bajo estos presupuestos, la Corte IDH ha sostenido que el derecho a la vida es un derecho humano esencial, ya que su goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos, y su violación hace que el resto de derechos humanos carezcan de sentido. Por tanto, en virtud de su carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo que limitan su contenido a la prohibición de la privación arbitraria, sino que implica también la creación de condiciones que permitan a las personas vivir dignamente,¹⁷³ lo cual implica, que puedan “contar con los beneficios de una medicina preventiva y curativa adecuada, con albergue, abrigo y posibilidades de descanso satisfactorio”.¹⁷⁴

Por consiguiente, *todos* los derechos humanos tienen una faceta poliédrica que comporta “un amplio abanico de obligaciones exigibles ante los poderes públicos: desde obligaciones negativas de *respeto* hasta las obligaciones positivas de *promoción* y *satisfacción*, pasando por obligaciones de *protección* frente a vulneraciones provenientes de particulares y actores privados”,¹⁷⁵ por lo que su pleno cumplimiento requiere la realización de múltiples tipos de obligaciones, como las que se han señalado en este apartado. Lo anterior refleja que la vinculación de los

¹⁷² SEPÚLVEDA, Magdalena, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la supuesta dicotomía entre las obligaciones impuestas por los pactos de Naciones Unidas”... *op. cit.*, pp. 127-145.

¹⁷³ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la calle”*... *op. cit.*, párr. 144.

¹⁷⁴ NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 349.

¹⁷⁵ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*... *op. cit.*, pp. 61-62.

poderes públicos a una Constitución o a un tratado internacional ratificado por el Estado en cuestión no solamente exige la obligación negativa de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos humanos, “sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”.¹⁷⁶

Tal como lo veremos a continuación, al vincular las obligaciones positivas exclusivamente con los derechos económicos, sociales y culturales, y con la disposición de fondos, se les niega a éstos la calidad de derechos justiciables; evidentemente, en ámbitos tales como la salud, la educación o el acceso a la vivienda, las obligaciones de dar o hacer tienen mayor relevancia, no obstante, las obligaciones positivas generadas por cualquier derecho -sea civil y político o económico, social y cultural- no se agotan en obligaciones que consistan únicamente en disponer de reservas presupuestarias con el fin de ofrecer una prestación, dado que los poderes públicos pueden asegurar el ejercicio de un derecho a través de (a) una obligación estatal de regulación que no siempre está relacionada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación sino más bien con el establecimiento de normas que otorguen relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad concreta, como por ejemplo, el derecho a asociarse libremente que requiere el reconocimiento jurídico de la asociación por parte del Estado; (b) una obligación estatal que regule las facultades de los actores privados mediante limitaciones o imposición de deberes de alguna naturaleza, como por ejemplo, las regulaciones vinculadas con los derechos laborales y sindicales; y (c) una obligación estatal de proveer los servicios públicos a la población, permitiendo que pueda hacerlo en forma exclusiva o mediante modalidades de cobertura mixta que incluyan, además de un aporte

¹⁷⁶ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial... op. cit.*, p. 90.

estatal, regulaciones en las que ciertos sujetos privados se vean afectados por restricciones, limitaciones u obligaciones, como por ejemplo, la organización de formas privadas de aporte para el mantenimiento de obras sociales que cubran el derecho a la salud de las personas empleadas y sus familias, y el establecimiento de un sistema público de salud que cubra el derecho de las personas no amparadas por la relación del empleo.¹⁷⁷

Así las cosas, diferenciar a los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales con base en el criterio de la naturaleza de las obligaciones que los mismos implican para los poderes públicos, en la actualidad deber ser desestimado, dado que ya no se puede sostener la existencia de derechos humanos cuya garantía se limite a la mera abstención estatal, sino que de algún modo, todos ellos son derechos a prestaciones.¹⁷⁸ En consecuencia, puede considerarse falso que las posibilidades de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales sean escasas, dado que, para todos los derechos, cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de dichas obligaciones negativas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas, por lo que el análisis sobre la justiciabilidad debe centrarse en determinar qué tipo de obligaciones brindan mayor facilidad para exigir en sede judicial la efectividad de un derecho, sea económico, social, cultural, civil o político.¹⁷⁹

¹⁷⁷ ABRAMOVICH, Víctor, "Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 2, N° 2, 2005, pp. 202-206.

¹⁷⁸ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial... op. cit.*, p. 95.

¹⁷⁹ ABRAMOVICH, Víctor, "Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados" ... *op. cit.*, p. 206.

2.2. El carácter oneroso de los derechos.

Una de las consecuencias más importantes que ha tenido la consolidación de la tesis de que los derechos económicos, sociales y culturales sólo generan obligaciones positivas por parte del Estado, es la insistencia, desde diversos sectores, de que estos derechos son inviables debido a la crisis fiscal que provocan (y que pueden provocar). De este modo, se sostiene que cuando el Estado es *obligado* por estos derechos a hacer, prestar o dar un bien o un servicio, es culpable de la recesión económica, la inflación, el desempleo y el aumento de la deuda pública debido a su excesivo intervencionismo en la redistribución de los recursos;¹⁸⁰ por tanto, son derechos que resultan demasiados caros y su implementación está condicionada por los recursos económicos existentes, mientras que los derechos civiles y políticos, al requerir una simple abstención estatal, se pueden ejercer con independencia de los fondos públicos.¹⁸¹

Ya hemos expuesto que la tesis de las obligaciones negativas y positivas no puede ser considerada en términos absolutos, no obstante, también es necesario refutar la supuesta naturaleza independiente de los derechos civiles y políticos en relación con los recursos económicos, puesto que para garantizarlos “las sociedades necesitan contar con normas, instituciones, un marco jurídico y un entorno económico propicio, todo lo cual requiere del uso de ese tipo de recursos”.¹⁸²

Para demostrar lo anterior, comencemos con el siguiente ejemplo:

¹⁸⁰ MARTÍNEZ DE PISÓN, José, “La crítica neoliberal al Estado social. Un resumen y una valoración”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 15-16, Alicante, 1994, p. 249.

¹⁸¹ Por ejemplo, Peces-Barba plantea que los problemas que relacionan escasez y derechos humanos “se centran en el ámbito de los derechos económicos sociales y culturales y que no afectan directamente ni a los derechos individuales, ni a los civiles y políticos”, ya que estos últimos “crean un *status* protector para la libre acción de los particulares en el primer caso, o para la acción común y la participación en las acciones colectivas”, en PECES-BARBA, “Escasez y derechos humanos”... *op. cit.*, pp. 202 y 208-209. Véase en la misma obra colectiva el debate al respecto.

¹⁸² Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2000...* *op. cit.*, p. 80.

El 26 de agosto de 1995, se produjo un incendio en Westhampton, en la orilla más occidental de la célebre Long Island Hamptons, una de las zonas más hermosas de los Estados Unidos. Este fue el peor incendio experimentado por Nueva York en el último medio siglo ya que su furia incontrolada duró 36 horas. Pero esta historia tiene un final feliz. En un plazo extraordinariamente breve, todas las fuerzas locales, estatales y federales se movilizaron para sofocar las llamas. Funcionarios y empleados gubernamentales de todos los niveles se hicieron presentes en la escena. Más de 500 bomberos voluntarios de la localidad se unieron a los equipos civiles y militares de todo el Estado y el país hasta lograr controlar el fuego. Asombrosamente, nadie resultó muerto y la destrucción de la propiedad fue mínima.¹⁸³

Esta historia nos muestra cómo las autoridades públicas organizaron y dirigieron un costoso esfuerzo colectivo para proteger los bienes inmuebles de un número relativamente pequeño de familias acomodadas, y por tanto, que el uso de los recursos públicos fue fundamental para minimizar los daños a la propiedad privada y evitar pérdidas humanas, cuyo costo significó para los contribuyentes estadounidenses aproximadamente \$2,9 millones. Sin embargo, no hay nada excepcional sobre esta historia. En 1996, los contribuyentes estadounidenses aportaron al menos \$11,6 millones para la protección de la propiedad privada en casos de desastres. Cada día, cada hora, catástrofes privadas son evitadas o mitigadas mediante el gasto público que a veces es considerablemente alto, pero que a menudo no es reconocido. En muchas ocasiones, las personas asumen simplemente que los funcionarios públicos están allí para usar los recursos públicos para proteger o aumentar el valor de los derechos civiles y políticos. Por ejemplo, a pesar de la alta incidencia de la delincuencia en los Estados Unidos, una mayoría de los ciudadanos se siente relativamente segura la mayor parte del tiempo, en buena medida debido a los esfuerzos de la policía, los *protectores públicos asalariados* de una de las libertades más básicas: la seguridad personal. A pesar de ejemplos como los planteados,

¹⁸³ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, W. W. Norton & Company, New York-London, First edition, 1999, p. 13.

muchas personas, especialmente los detractores de un Estado regulador en cuestiones económicas y sociales, parecen olvidar que los derechos y libertades individuales dependen fundamentalmente de la vigorosa acción del Estado, lo que implica que los derechos cuestan dinero, puesto que no pueden ser protegidos o realizados sin la financiación y el apoyo público.¹⁸⁴

Evidentemente, durante mucho tiempo se ha presumido que sólo los derechos económicos, sociales y culturales eran los que requerían recursos del Estado para su implementación; ahora es inevitable reconocer que también los derechos civiles y políticos requieren de la financiación pública para ser plenamente efectivos. De esta manera, así como se requieren recursos adicionales sustanciales para financiar la enseñanza elemental gratuita para todos y servicios de salud reproductiva para todas las mujeres, también se requieren recursos importantes para asegurar “sueldos razonables para los jueces y apoyo al sistema judicial de modo suficiente para impedir la corrupción”.¹⁸⁵

Para fortalecer aún más nuestro argumento, otros datos objetivos también nos muestran que la protección de los derechos civiles y políticos depende fundamentalmente del financiamiento estatal; para el caso, sólo en Estados Unidos el Gobierno gastó aproximadamente entre \$300 y \$400 millones para las elecciones de 1996, es decir, para que el derecho al voto pudiera ser ejercido; en ese mismo año -

¹⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 13-15. En el mismo sentido, ante la crisis financiera actual, el dinero público está siendo utilizado para “rescatar” a grandes bancos y corporaciones financieras: Más de 700 mil millones de dólares en Estados Unidos y 2,39 billones de dólares en la Unión Europea. Sin duda, sólo con una parte de este dinero público destinado a salvar a banqueros y ejecutivos de dudoso accionar, se podría acabar con la pobreza en el mundo, o cumplir al menos con los Objetivos del Milenio. Mientras el mundo entero invierte cuantiosos recursos para superar la crisis económico-financiera, se pierde de vista, como lo señala Boff, las demás crisis: “la ecológica, la climática, la energética y la alimentaria”, en BOFF, Leonardo, “No aman la vida”, 05 diciembre, 2008. <<http://alainet.org/active/27877>> [Consulta 11 de diciembre de 2008].

¹⁸⁵ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2000... op. cit.*, p. 80.

1996-, el Departamento de Justicia estadounidense gastó \$23 millones en programas de protección a testigos; en 1992, se gastaron \$21 billones en servicios legales y jurídicos, y se invirtieron aproximadamente \$73 billones en protección policial, cantidad que representó mucho más que el Producto Interno Bruto (en adelante el PIB) de más de la mitad de los países del mundo en ese período; en 1989 un estudio reveló que la media de gasto por cada juicio con jurado le cuesta al contribuyente estadounidense aproximadamente \$13 mil.¹⁸⁶

Si también analizáramos un número considerable de presupuestos nacionales, comprobaríamos que la inversión estatal para garantizar derechos civiles y políticos como la vida, la seguridad personal, la propiedad privada y el acceso a la justicia, a menudo supera la inversión en materia social relacionada con los derechos económicos, sociales y culturales. Por ejemplo, en 1995 sólo el costo de la seguridad en Brasil rondaba el 6,5% del PIB, alcanzando el 10% en el año 2000, mientras que el presupuesto destinado a la educación era un tercio de lo que se gastaba en prevención y costos de la violencia¹⁸⁷. En el caso ecuatoriano, el presupuesto del año 2006 reservado a la defensa nacional (\$799,089,209.36) era mucho mayor que el destinado al sector salud (\$561,399,387.63), y el presupuesto consignado a asuntos internos relacionado con la Policía Nacional y la Dirección Nacional de Seguridad Pública (\$582,384,115.97) era muy superior al designado al trabajo (\$52,962,045.00) o al destinado al desarrollo urbano y a la vivienda (\$148,449,075.50).¹⁸⁸

En el caso del Estado español, el presupuesto consignado a la investigación militar para el año 2007 fue dos veces y media superior al programa de investigación

¹⁸⁶ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The cost of rights... op. cit.*, pp. 15, 25, 64, 93 y 95.

¹⁸⁷ PETRISSANS AGUILAR, Ricardo, *América Latina: La sociedad sitiada. Los costos humanos, políticos y económicos de la violencia*, Instituto Latinoamericano de Análisis del Conflicto, Montevideo, Uruguay, 2005, p. 214.

¹⁸⁸ Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas de la República del Ecuador. Presupuesto General del Estado-2006, <<http://minfinanzas.ec-gov.net>> [Consulta 01 de noviembre de 2007].

científica, 5 veces al de investigación sanitaria, más de 20 veces al de investigación agraria y más de 300 veces al de investigación educativa, lo que lo coloca a la cabeza de los países que destinan más porcentaje de su PIB a este tipo de investigaciones, sólo superado por Estados Unidos. Paradójicamente, España se encuentra a la cola de los países de la Unión Europea en relación con el porcentaje de su PIB que se destina a la investigación y al desarrollo en general (un 1% respecto al 2,2% de la media europea).¹⁸⁹

En referencia a los recursos en el ámbito internacional, el monto que los países desarrollados destinan a la lucha contra el VIH/SIDA representa tres días de gasto en armamento; y para financiar las intervenciones básicas en salud que podrían evitar la muerte de tres millones de niños al año, sólo se necesitarían \$4,000 millones, o sea, alrededor del 3% del aumento en el gasto militar.¹⁹⁰ Incongruentemente, para universalizar la enseñanza en el mundo sería necesario invertir cada año unos \$6,000 millones, cifra inferior al gasto anual en cosméticos en Estados Unidos (\$8,000 millones); para conseguir agua potable y saneamiento para todas las personas se requerirían \$9,000 millones, y los europeos gastan \$11,000 millones en sorbetes; para que todas las mujeres tengan acceso a la salud reproductiva harían falta \$12,000 millones, cifra semejante a la que se gasta en Europa y Estados Unidos en perfumes; asegurar nutrición y salud básica para todos supondría invertir unos \$13,000 millones, y europeos y estadounidenses gastan \$17,000 millones en alimentos para animales domésticos. En fin, para alcanzar la universalidad de los servicios básicos harían falta unos \$30.000 millones, cantidad inferior a los \$35,000 millones que gastan los japoneses en juegos recreativos, a los \$50,000 millones que gastan los europeos en

¹⁸⁹ Al respecto véase Fundació per la Pau, *Informe sobre el proyecto de presupuestos para I+D civil y militar en el Estado español* (2007), Barcelona, octubre de 2006, <http://www.prouinvestigacionmilitar.org/documents/informes/informe_id_2007_cast.pdf> [Consulta 02 de enero de 2008].

¹⁹⁰ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano 2005... op. cit.*, p. 105.

cigarrillos, a los \$105,000 millones que se consumen en bebidas alcohólicas, a los \$400,000 millones que se mueven en el mundo de las drogas o a los más de \$780,000 millones que se invierten en gastos militares.¹⁹¹

Sólo con estos pocos datos podríamos afirmar tres cosas. Primero, que no hay un fundamento absoluto para hablar de derechos caros y derechos baratos; tanto el derecho a la seguridad social como la protección del derecho a la propiedad privada tienen costos públicos. El derecho a la libertad de expresión no es menos costoso que el derecho a una vivienda digna, el derecho a la libertad de contratación pública no tiene menos costos que el derecho a la atención de la salud; en fin, todos los derechos humanos necesitan del erario público¹⁹² y la diferencia de recursos económicos se da respecto a dos obligaciones emanadas de un mismo derecho. Por ejemplo, en virtud del derecho a la libre expresión, se requieren menos recursos económicos para cumplir con la obligación (negativa) del Estado de no interferir con este derecho y de abstenerse de efectuar una censura previa, que para cumplir con la obligación (positiva) de crear las condiciones favorables para que exista el pluralismo en los medios de comunicación. De la misma manera, se necesitan menos recursos económicos para cumplir con la obligación (negativa) del Estado de abstenerse de realizar un desalojo forzoso, que para cumplir con la obligación (positiva) de dotar una vivienda adecuada a una persona cuyos medios no son suficientes para obtenerla por sí misma. Por tanto, “las diferencias que existen dependerán del tipo de obligación de que se trate y no de la categoría de derecho de la cual provengan”.¹⁹³ En cualquier caso, que el sistema educativo público sea menos barato que el sistema

¹⁹¹ Al respecto véase, United Nations Development Programme, *Human Development Report 1998*, Published for UNDP, Oxford University Press, New York-Oxford, 1998.

¹⁹² HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The cost of rights... op. cit.*, p. 15.

¹⁹³ SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, “La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos”, en COURTIS, Cristian, HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela (Comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, p. 287.

electoral o policial, además de ser empíricamente discutible, “sólo arrojaría una diferencia cuantitativa que no puede traducirse en una pretendida diferencia ontológica entre el derecho a la educación o el derecho a la salud, de un lado, y el derecho a la propiedad privada o el derecho al sufragio, del otro”.¹⁹⁴

Segundo, que la falta de satisfacción de las necesidades básicas que requiere una persona para vivir dignamente, se debe, más que a una escasez de recursos, a las prioridades (a veces injustas) en que se asignan los recursos disponibles. Por lo tanto, lo que se necesita en gran medida es una reestructuración de los presupuestos públicos en el sentido de destinar inversiones adecuadas a las necesidades humanas básicas, especialmente en la prestación de servicios básicos de salud y educación.¹⁹⁵ Y tercero, muchas veces el incumplimiento estatal de las obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales se debe a la ausencia de voluntad política que a la falta de recursos económicos. En esa línea, las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales no son sólo el resultado de la inadecuación de los recursos sino también de las políticas aplicadas en ese ámbito.¹⁹⁶

En tal sentido, el coste que provoca la satisfacción de los derechos civiles y políticos ha sido tradicionalmente asumido y por tanto, se da por supuesto; y aunque

¹⁹⁴ HIERRO, Liborio, “Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”... *op. cit.*, pp. 191-193. “La pretensión de que el derecho a la educación tiene una estructura cualitativamente distinta, por razón de que implica costes, al derecho de sufragio o al derecho a la tutela judicial es una pretensión sin ningún fundamento. Cuestión distinta es cómo distribuir ese coste”.

¹⁹⁵ Sobre el uso del análisis del uso presupuestario como una herramienta para proteger y promover los derechos humanos en general y los derechos económicos sociales y culturales en particular, puede verse AA. VV., *Las cuentas de la dignidad: Una guía para utilizar el análisis de presupuesto en la promoción de los derechos humanos*, trad. de Mayra Vaca-Baqueiro, Fundar Centro de Análisis e Investigación International Budget Project (IBP) International Human Rights Internship Program (IHRIP), México, septiembre de 2005.

¹⁹⁶ TOMAŠEVSKI, Katarina, “Unasked questions about economic, social and cultural rights from the experience of the Special Rapporteur on the right to education (1998-2004): A Response to Kenneth Roth, Leonard S. Rubenstein, and Mary Robinson”, in *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, N° 2, The Johns Hopkins University Press, May 2005, p. 713.

el coste de algunos derechos económicos, sociales y culturales sea más visible, “el argumento del límite de los recursos no siempre apela una imposibilidad fáctica sino que a veces presupone un criterio ideológico sobre cuánto y en qué es apropiado invertir o gastar”,¹⁹⁷ el cual no puede estar justificado sobre la base de la moral social en la que tendrían que contemplarse también los intereses de aquéllos que sufren la escasez y para quienes los derechos económicos, sociales y culturales podrían resultar especialmente vitales. Por tanto, subyace a esta teoría un peligro de manipulación ideológica a favor de una visión liberal e individualista que, aun siendo progresista, acaba reduciendo el elenco de derechos a los derechos civiles y políticos, y excluyendo del mismo a los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁹⁸

Es un hecho objetivo que lo reducido de los recursos públicos constituye un obstáculo para la plena realización de tales derechos, pero también dentro de los parámetros de esos recursos limitados, es frecuente que los destinados a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales sean insuficientes y a su vez no sean utilizados de manera óptima. De ello se desprende que los Estados tienen una doble obligación en relación con estos recursos, ya que (a) deben destinar recursos públicos por un monto suficiente para los derechos económicos, sociales y culturales, y también (b) deben velar por el uso apropiado de los mismos,¹⁹⁹ lo cual representa un desafío y una oportunidad importante para las organizaciones de la sociedad civil para monitorear y establecer auditorías sociales permanentes que permitan vigilar el grado de cumplimiento de tales obligaciones.

También es preciso resaltar que independientemente de lo costoso que pueda ser un derecho, el argumento económico no es una razón suficiente para clasificarlos

¹⁹⁷ RUÍZ MIGUEL, Alfonso, “Derechos liberales y derechos sociales”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 15-16, Alicante, 1994, p. 660.

¹⁹⁸ RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 85.

¹⁹⁹ CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay... op. cit.*, párr. 12.

en categorías y considerarlos, en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, exclusivamente dependientes de los recursos disponibles, pues hay ciertas medidas que los Estados pueden tomar de forma inmediata sin que impliquen carga alguna sobre el presupuesto público. Por ejemplo, la adecuación del marco legal, en el sentido de derogar aquellas normas jurídicas que impidan la formación de sindicatos, que no consagren la obligatoriedad de la educación primaria, las que permitan el trabajo infantil sin ningún tipo de límites, o las que consientan algún tipo de discriminación que provoque mayor vulnerabilidad a ciertos grupos de la sociedad. Sobre esto volveremos en el siguiente capítulo.

De cualquier forma, es necesario argumentar que el recorte jurídico-estructural de un derecho no puede ni debe confundirse con la cuestión de su financiación. Si ambas dimensiones fueran indisociables, entonces no se comprendería que ciertos derechos civiles y políticos como el de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, por ejemplo, pudiera ser considerado apaciblemente un derecho directamente aplicable, cuando, no obstante, depende de prestaciones estatales que requieren recursos económicos importantes. En ese sentido, la “reserva de las arcas del Estado” supone problemas de financiación pero no implica el ‘grado cero’ de vinculación jurídica de los preceptos consagradores de derechos sociales”.²⁰⁰ Así las cosas, aunque se demostrara que los recursos disponibles son insuficientes, se mantiene la obligación estatal de asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes en el marco de las circunstancias reinantes y de ningún modo “se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente

²⁰⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquín, “Metodología ‘Fuzzy’ y ‘Camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, trad. de Francisco Astudillo, en *Revista Derechos y Libertades*, año III, N° 6, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Madrid, febrero 1998, p. 45.

de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción".²⁰¹

Podemos afirmar entonces que el goce de los derechos económicos, sociales y culturales no depende sólo de la *disponibilidad* de recursos, sino también de la *asignación* de los recursos disponibles,²⁰² y es claro que la mayor parte de los mismos se asigna a la protección de los derechos civiles y políticos. A su vez, en muchos casos la garantía universal de un derecho depende más de factores distintos a los financieros; por ejemplo, la falta de acceso a la educación de niñas y mujeres se debe más a la oposición de gobiernos autocráticos y líderes religiosos que a una cuestión de falta de recursos, a lo que se suma la falta de voluntad política de la comunidad internacional para enfrentar esta situación. Evidentemente que en casos como éste el principal impedimento para la educación primaria no es financiera, y en consecuencia, para hacer que este derecho sea realmente universal, lo que se requiere es un consenso de la comunidad internacional y algunas contribuciones financieras relativamente modestas de los países desarrollados.²⁰³

Por tanto, si es innegable que los derechos civiles y políticos no son esencialmente baratos, entonces ¿cómo se explica que las naciones empobrecidas como la mayoría de los países de América Latina puedan cubrir los costos de estos derechos pero no los de los derechos económicos, sociales y culturales? Indudablemente, podemos responder que es una cuestión de opción y voluntad política, ya que si la disponibilidad de recursos limita el goce inmediato de estos últimos, entonces *tomándonos en serio* los derechos civiles y políticos, conscientes de

²⁰¹ CDESC, *Observación General N° 3 (1990). La índole de las obligaciones de los Estados (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, párr. 11.

²⁰² CARAZO, Rodrigo Alberto, "Los derechos económicos, sociales y culturales", en AA. VV., *Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999, p. 190.

²⁰³ TALBOTT, William J., *Which rights should be universal?*, Oxford University Press, New York, 2005, pp. 179-180.

que también son derechos caros, los países empobrecidos tampoco podrían costárselos.²⁰⁴

En definitiva, *todos* los derechos humanos suponen una cierta dimensión distributiva, unos con mayor impacto financiero que otros, por lo cual, su satisfacción no es una cuestión de decidir cómo garantizar los derechos más caros, sino de decidir en qué condiciones y bajo qué parámetros de prioridad deben asignarse los recursos disponibles para promover y asegurar el pleno desarrollo de la dignidad humana mediante la efectiva implementación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la población en general, cuestión que en la coyuntura actual, exige “una política social apropiada y unas medidas económicas por parte del Estado”²⁰⁵ que permitan resolver el problema de la mala distribución de la riqueza y del reparto desigual de los títulos de las personas sobre los bienes existentes.²⁰⁶

2.3. El carácter impreciso e indeterminado de los derechos.

En este apartado abordaremos la tesis que argumenta la diferencia entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos los civiles y políticos en virtud del carácter impreciso e indeterminado de los primeros, que provoca que éstos sean inexigibles.

En esa línea de argumentación, se dice que cuando una Constitución o un tratado internacional como el PIDESC o el Protocolo de San Salvador se refieren a un derecho económico, social o cultural como la salud o la educación, es difícil saber la medida exacta de las prestaciones o abstenciones estatales a las que obliga; fórmulas como “vivienda digna” o “el más alto nivel posible de salud”, dicen muy poco sobre

²⁰⁴ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The cost of rights... op. cit.*, p. 119.

²⁰⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales... op. cit.*, p. 212.

²⁰⁶ LÓPEZ CALERA, Nicolás, “Escasez y cambio de modelos”, en SAUCA CANO, José María (Ed.), *Problemas actuales... op. cit.*, p. 275.

el contenido concreto del derecho y las obligaciones que conlleva. De esta forma, estos derechos comportan obligaciones de resultado pero sin establecer claramente los medios concretos para alcanzarlas. Mientras tanto, los derechos civiles y políticos, además de estipular los objetivos a seguir, proscriben los medios que provocan su transgresión. Por tanto, esta falta de especificación o determinación del contenido de un derecho constituye un obstáculo insalvable para equiparar los derechos económicos, sociales y culturales a los derechos civiles y políticos, especialmente en lo que se refiere a su justiciabilidad, dado que, un órgano judicial o cuasi-judicial no podría determinar la conducta que provoca el incumplimiento del derecho.²⁰⁷

No obstante, es preciso realizar algunas matizaciones al respecto. En primer lugar, la generalidad y la vaguedad son rasgos característicos no sólo de los derechos económicos, sociales y culturales en particular, sino de todos los derechos humanos y de todas las normas jurídicas en general;²⁰⁸ además, cierto grado de indeterminación y vaguedad semántica es propio del lenguaje natural y del lenguaje jurídico. Incluso, en materia de derechos humanos esta indeterminación puede llegar a ser una exigencia derivada del pluralismo político, pues una regulación pormenorizada del contenido y de las obligaciones que los derechos suponen, podría cerrar en exceso el espacio de discusión democrática en torno a su alcance. De cualquier manera, ni la apertura relativa en la formulación de los derechos económicos, sociales y culturales equivale a ininteligibilidad, ni la indeterminación supone un límite insuperable. Dicho esto, el problema de la indeterminación no está relacionado exclusivamente con tales derechos, sino que salpica también a los derechos civiles y políticos. Si esto no fuera así, ¿cómo argumentar que conceptos como “libertad de expresión”, “propiedad” o “tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” son por naturaleza

²⁰⁷ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles... op. cit.*, p. 122; PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías... op. cit.*, p. 67.

²⁰⁸ JORI, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos” y FERRAJOLI, Luigi, “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho”, en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos... op. cit.*, pp. 112-113 y pp. 181-182, respectivamente.

más precisos y determinados que otras nociones como “educación básica”, “trabajo digno” o “seguridad social”? Sin embargo, a pesar de la indeterminación de algunos derechos civiles y políticos como los que mencionamos, hoy nadie se atrevería a dudar sobre su autenticidad como derechos y mucho menos acerca de su justiciabilidad.²⁰⁹ En definitiva, al ser las normas de derechos humanos en muchas ocasiones abiertas e indeterminadas, en el marco de su interpretación “queda un amplio espacio para que jueguen viejos y nuevos argumentos relativos a los derechos humanos”,²¹⁰ y evidentemente, los argumentos en contra de los derechos económicos, sociales y culturales adquieren mayor relevancia.

Sobre la base de lo anterior podemos sostener que el problema de la definición y determinación de un derecho, sea civil y político, o económico, social y cultural, es de suma importancia, dado que implica definir su contenido, las reclamaciones que una persona puede hacer contra el Estado infractor, así como las restricciones o limitaciones que un Estado puede imponer al ejercicio del derecho. En este contexto se identifican dos tipos de enfoques: uno que considera que en los instrumentos internacionales los derechos humanos sólo deben ser enumerados, y otro que considera que deben ser definidos claramente. El enfoque *enumerativo* tiene la ventaja de que implica sólo la proclamación o afirmación de principios sobre los que es más fácil llegar a un acuerdo, dado que los Estados estarían más dispuestos a aceptar obligaciones internacionales si saben que tendrán la discrecionalidad para interpretar y definir el alcance de los derechos reconocidos; evidentemente, la desventaja consiste en que con esta discrecionalidad se corre el riesgo de interpretaciones abusivas por parte de algunos Estados, mientras que otros pueden tener dificultades para saber si sus leyes internas cumplen con el espíritu de la normativa internacional.

²⁰⁹ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles... op. cit.*, p. 123; PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías... op. cit.*, p. 67.

²¹⁰ ALEXANDER, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, presentación y trad. de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2003, p. 35.

Por su parte, el enfoque *definicional* tiene la ventaja de evitar los problemas de la perspectiva anterior, mediante el establecimiento detallado de las obligaciones asumidas por los Estados, con lo que se lograría una aplicación más eficaz de las mismas. No obstante, su desventaja radica en que cualquier intento de definición exhaustiva siempre lleva consigo el peligro de omisiones involuntarias que pueden después ser interpretadas como exclusiones deliberadas; aunque posteriormente se pueden elaborar y aprobar los protocolos o enmiendas necesarios para aclarar tales cuestiones, es claro que a veces es difícil asegurar que éstos sean finalmente adoptados por los Estados.²¹¹

Es importante recordar que en el plano internacional, los argumentos de vaguedad e indeterminación fueron utilizados contra los derechos civiles y políticos por parte de algunos Estados occidentales para evitar la incorporación de un mecanismo internacional de denuncias individuales en el propio texto del PIDCP. Y de hecho, estos mismos argumentos son utilizados actualmente por quienes critican la intención de adoptar un Protocolo Facultativo al PIDESC que permitiría al CDESC conocer comunicaciones individuales que denuncien la violación de un derecho contenido en el PIDESC por un Estado Parte.²¹² Aun así, y a pesar de dichas críticas, en la segunda parte del 5º período de sesiones del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Protocolo Facultativo del PIDESC, que se llevó a cabo del 31 de marzo al 04 de abril de 2008, se aprobó un texto de Protocolo que contiene un

²¹¹ LeBLANC, Lawrence J., *The OAS and the promotion...* *op. cit.*, pp. 28-29; ROBERTSON, A. H. and MERRILLS, J. G., *Human rights in Europe: A study of the European Convention on Human Rights*, Manchester University Press, Manchester and New York, 3ª ed. 1993, pp. 7-9 y 30-32. Si observamos los instrumentos interamericanos podemos determinar que en gran medida la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador fueron redactados teniendo en cuenta un enfoque definicional, mientras que la Declaración Americana fue redactada con base a un enfoque enumerativo.

²¹² SQUIRES, John, LANGFOR, Malcom, y BRET, Thiele (Eds.), "Introduction: The road to a remedy"... *op. cit.*, p. 2. La propuesta de Los Países Bajos para incorporar el derecho de los individuos a presentar comunicaciones individuales se enfrentó con la hostilidad de muchos Estados, sobre todo con la de Estados Unidos y la antigua Unión Soviética, en DAVIDSON, Scott, "Introduction"... *op. cit.*, p. 2.

mecanismo de queja o petición para que los individuos puedan denunciar la violación de los derechos contenidos en el PIDESC por parte de un Estado que lo haya ratificado. Además, se acordó trasladar dicha propuesta al Consejo de Derechos Humanos, quien en fecha 18 de junio de 2008 lo aprobó por consenso y fue enviado a la Asamblea General de la ONU quien en diciembre del mismo año lo adoptó como una forma de conmemorar el 60º aniversario de la adopción de la Declaración Universal. Más adelante volveré brevemente sobre este tema.

Por tanto, todos los derechos tienen una zona de penumbra y un núcleo de certeza del que pueden extraerse contenidos y obligaciones concretas para los poderes públicos; este núcleo viene establecido por convenciones lingüísticas y prácticas hermenéuticas que pueden evolucionar y modificarse a partir de nuevos desarrollos interpretativos. Lo que pasa es que históricamente la mayor parte de la actividad legislativa, jurisdiccional y doctrinal se ha dedicado a clarificar el alcance y contenido de los derechos civiles y políticos, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales han sido marginados de toda esta actividad. En ese sentido, se han dedicado códigos enteros, leyes, reglamentos, sentencias judiciales, etc. para esclarecer, por ejemplo, en qué momento del desarrollo del feto comienza el derecho a la vida; hasta dónde llega la libertad de expresión de un caricaturista al momento de realizar y publicar sus dibujos sobre un personaje religioso o un miembro de la monarquía; o para determinar si el interior del coche propio o de la habitación de un hotel están protegidos por el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Si sucediera lo mismo con los derechos económicos, sociales y culturales, no habría ningún impedimento natural o genético para que también se pudiera delimitar el contenido de derechos como a la educación, a la salud o al trabajo.²¹³

²¹³ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles... op. cit.*, p. 123-124; PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías... op. cit.*, p. 68.

De hecho, en materia laboral, gracias al desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legislativo tanto en el ámbito nacional como internacional en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), se ha podido delimitar de forma muy específica el contenido del derecho al trabajo, en el sentido de regular la duración de la jornada laboral, los descansos y vacaciones, las indemnizaciones por despido injustificado, el salario mínimo, las condiciones de higiene y salud laboral, la negociación colectiva, la formación de sindicatos, la constitución de instituciones del trabajo encargadas de verificar el cumplimiento de las condiciones establecidas por la ley y para arbitrar los conflictos entre el capital y el trabajo.²¹⁴

Pese a lo anterior, el argumento de la indeterminación e imprecisión de los derechos económicos, sociales y culturales fue fundamental para sostener la necesidad de adoptar dos pactos distintos (el PIDESC y el PIDCP) en el ámbito universal, ya que se sostenía que si se incorporaban ambas categorías de derechos en un solo instrumento, éste carecería de equilibrio.²¹⁵ Pero la realidad nos muestra que en cada uno de los instrumentos internacionales de derechos humanos es posible encontrar algunos derechos que fueron redactados en términos generales e imprecisos, y otros que fueron especificados con mucho detalle, sin importar si pertenecen a una determinada categoría.

²¹⁴ Sobre la delimitación del alcance y contenido de algunos derechos económicos, sociales y culturales, véanse, además de las obras colectivas ya citadas, las siguientes: COURTIS, Christian (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006; AA. VV., *La garantía internacional de los derechos sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990; ALSTON, Philip and CRAWFORD, James, *The future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, 2000; ALSTON, Philip (Ed.), *Labor Rights as Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2005; CHAPMAN, Audrey and RUSSELL, Sage (Eds.), *Core obligations: Building a framework for economic, social and cultural Rights*, Intersentia, Antwerp – Oxford – New York, 2002; COHRE, AAAS, SDC and UN-HABITAT, *Manual on the Right to Water and Sanitation*, Centre on Housing Rights and Evictions, Geneva, 2007.

²¹⁵ SEPÚLVEDA, Magdalena, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la supuesta dicotomía entre las obligaciones impuestas por los pactos de Naciones Unidas”... *op. cit.*, p. 120.

Por ejemplo, en el PIDCP, la brevedad del artículo 19 sobre la libertad de expresión contrasta con la precisión del artículo 14 relativo a las garantías judiciales; y en el PIDESC, la concisión del artículo 9 sobre la seguridad social desentona con lo detallado del artículo 14 relativo a la enseñanza primaria. En el caso de la Convención Americana, la brevedad de los artículos 3 y 15 sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho de reunión, respectivamente, contrasta con la precisión de los artículos 8 y 25 relativos a las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial, respectivamente; y en el Protocolo de San Salvador, la concisión del artículo 11 sobre el derecho a un medio ambiente sano desentona con el artículo 13 relativo al derecho a la educación.

Aunque es claro que muchas nociones contenidas en el PIDESC y en el Protocolo de San Salvador están redactadas de forma más general que las del PIDCP y la Convención Americana, ello se debe más a una decisión política e ideológica de los Estados, que a la naturaleza distinta de los derechos económicos, sociales y culturales. En ese orden de ideas, es fundamental la función de los órganos de los tratados de derechos humanos (el CDESC respecto al PIDESC, y la CIDH y la Corte IDH respecto a la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador) para especificar el contenido de los derechos establecidos en dichos instrumentos; el CDESC a través de las Observaciones Generales, de las recomendaciones que hace a los países que presentan sus informes periódicos y de los documentos que surgen de los días de debate general; y la CIDH y la Corte IDH mediante sus informes, resoluciones, opiniones consultivas y sentencias. De este modo, en el caso del CDESC ya ha clarificado, por ejemplo, el carácter adecuado del derecho a la vivienda o del derecho a la alimentación mediante la publicación de sus Observaciones Generales;²¹⁶ y de hecho, la redacción vaga de las disposiciones del PIDESC se realizó en el

²¹⁶ Hasta la fecha, el CDESC ha adoptado 19 Observaciones Generales relativas al derecho a la educación, a la cultura, al trabajo, a la salud, a la igualdad entre hombres y mujeres, a la seguridad social, etc.

entendimiento de que serían ulteriormente desarrolladas, tal como ha sucedido gracias a la labor de algunas organizaciones internacionales como la OIT o la UNESCO, y de algunos órganos de la ONU.²¹⁷

Mientras que en el marco de la CIDH y de la Corte IDH, se han comenzado a producir un cierto número de resoluciones encaminadas a clarificar las normas relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales. Por ende, con este desarrollo interpretativo, cada vez más es injustificado que los Estados desatiendan su compromiso legal de dar cumplimiento a las obligaciones emanadas de los instrumentos internacionales en materia económica, social y cultural.

De cualquier modo, aunque las disposiciones de un tratado tengan conceptos y nociones jurídicas indeterminadas, flexibles y abiertas, no por ello dejan de crear obligaciones jurídicas para los Estados Partes.²¹⁸ Por otro lado, en el ámbito del derecho interno, los derechos humanos al constituirse en el cimiento constitucional del ordenamiento jurídico son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, por lo que la regulación o configuración legislativa reviste un carácter instrumental para lograr una genuina protección y efectividad de los derechos, cuestión que vincula al legislador y al resto de poderes públicos en el sentido de cumplir con su deber de hacer efectivos tales derechos.²¹⁹

Sin embargo, se debe reconocer que todavía hay mucho por hacer en esta materia, por lo que es necesario realizar todos los esfuerzos posibles, desde el terreno académico, de la investigación y del activismo, para lograr el desarrollo de una

²¹⁷ FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., "Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden internacional", en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (Coords.), *Política Social Internacional y Europea*, Universidad Carlos III de Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 88.

²¹⁸ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derecho Humanos, cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999, p. 41.

²¹⁹ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial... op. cit.*, p. 78.

dogmática de los derechos económicos, sociales y culturales que nos permita formular rápidamente un listado de ideas sobre su contenido, tal como sucede cuando se nos pregunta sobre los derechos civiles y políticos.²²⁰ Y en este sentido, cabe reiterar que sólo en la medida que los derechos económicos, sociales y culturales sean considerados seriamente por los organismos internacionales de protección de derechos humanos, por los Defensores del Pueblo, por las organizaciones de derechos humanos en particular, y la sociedad civil en general, y por las instituciones académicas, “estos derechos irán adquiriendo cada vez más una mayor precisión y ya no podrán ser catalogados de ‘vagos’, característica que lejos de ser inherente a los mismos, sólo es consecuencia del abandono doctrinario y jurisprudencial de que han sido objeto a través de los años”.²²¹

²²⁰ BOLÍVAR, Ligia “Derechos económicos sociales y culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”, en AA. VV., *Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo V*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1ª ed. 1996, p. 88.

²²¹ SEPÚLVEDA, Magdalena, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la supuesta dicotomía entre las obligaciones impuestas por los pactos de Naciones Unidas”... *op. cit.*, pp. 122-123.

**CAPÍTULO II.
LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE
LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES**

1. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

La tesis de que los derechos económicos, sociales y culturales son por naturaleza distintos de los derechos civiles y políticos ha tenido un fuerte impacto en la forma en que han sido garantizados en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Como se sabe, en la mayoría de ellos, estos derechos tienen una tutela debilitada que les impide en un gran número de casos ser justiciables ante los órganos judiciales y cuasi-judiciales.

A pesar de ello, existe una gran cantidad de ejemplos que demuestran que estos derechos pueden ser exigibles en sede jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional; así, los tribunales (a) han ordenado la reactivación de programas sociales de alimentos y nutrición en la India y en Argentina; (b) han prescrito la implementación más rápida de programas de medicinas; (c) han impedido desalojos forzosos en República Dominicana y compensado a víctimas de los mismos en la antigua Serbia y Montenegro; (d) han protegido los medios de vida de pueblos indígenas contra la explotación minera y forestal en Finlandia; (e) han mandado a modificar leyes sobre trabajo infantil en Portugal; (f) han obligado a empresas multinacionales a pagar indemnizaciones considerables a trabajadores víctimas de cáncer por el uso de ciertas sustancias tóxicas; entre otros.²²²

Pese a estos ejemplos, aún es demasiado pronto para hablar del desarrollo de una teoría universal de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales,²²³ y todavía hay que enfrentarse a los argumentos que sostienen que estos

²²² AA. VV., *Litigating economic, social and cultural rights: Achievement, challenges and strategies*, prepared by Malcolm Langford, Centre on Housing and Evictions, Geneva, 2003, pp. 30-184. Sobre experiencias de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en algunos sistemas domésticos, véase COOMANS, Fons (Eds.), *Justiciability of economic and social rights. Experiences from domestic systems*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006.

²²³ SCHEININ, Martin, "Justiciability and the indivisibility of human rights"... *op. cit.*, p. 17. La existencia del fenómeno de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ya ha sido probada, tal como lo demuestra la amplia evidencia tanto en las jurisdicciones nacionales como

derechos poseen una inherente naturaleza no justiciable, y que los jueces no tienen la legitimidad democrática para conocer cuestiones relativas a la política social y económica de un país ni cuentan con las capacidades técnicas para deliberar sobre tales asuntos.

Estos argumentos han sido utilizados como una prueba irrefutable de que son derechos de menor categoría que los civiles y políticos, a los cuales se les considera verdaderos derechos legales, susceptibles de control jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional, mientras que a los económicos, sociales y culturales se les toma como derechos-programa, cuyo progreso no puede ser controlado judicialmente sino a través de órganos político-técnicos que deben comprobar periódicamente la situación socio-económica del Estado en cuestión;²²⁴ y de este modo, son tratados como derechos de libre configuración legislativa, cuyo desarrollo depende fundamentalmente de lo que el legislador decida hacer o no hacer.

Afirmar que son de configuración legal tiene dos implicaciones importantes para su debida protección. Por un lado, implica que aunque estén reconocidos en constituciones políticas y en instrumentos internacionales, los derechos económicos, sociales y culturales requieren ser desarrollados por los parlamentos; y por otro, que el legislador tendría un amplio margen de discrecionalidad para proceder a ese desarrollo cuando lo estime oportuno de acuerdo a la valoración del interés general y tomando en cuenta distintos factores de oportunidad política o de posibilidades fácticas.

en los foros internacionales judiciales o cuasi-judiciales de que tales derechos se han aplicado como derechos legales en casos individuales concretos; no obstante, ello sólo demuestra de que se camina hacia un reconocimiento general del principio de justiciabilidad de estos derechos, pero no que son justiciables en general.

²²⁴ NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos... op. cit.*, p. 45.

No obstante, es fácil demostrar que todos los derechos humanos requieren de un desarrollo legal por parte del legislador, y por tanto, que la configuración de un derecho dependa de posteriores precisiones institucionales y no de su mero enunciado constitucional no es una característica particular de los derechos económicos, sociales y culturales; y la diferencia quizá radica en el distinto alcance de tales concreciones legislativas. En ese sentido, la mayor o menor regulación legal reforzará o debilitará las posibilidades de justiciabilidad de cualquier derecho, sea civil, político, económico, social o cultural. Por ejemplo, la plena efectividad del derecho a la libertad de expresión necesita el desarrollo de leyes en materia de pluralismo informativo o de acceso equitativo a los medios de comunicación, de la misma forma que el derecho a la salud exige leyes que eviten la discriminación en el acceso a los servicios básicos o que permitan la intervención estatal en el mercado para garantizar el acceso a medicamentos más baratos.²²⁵

El derecho a la vida demanda un desarrollo legislativo en materia penal para establecer los presupuestos que constituyen una falta o un delito contra dicho derecho, y en materia civil, para determinar en qué momento del desarrollo del feto, éste se considera sujeto de derechos y por tanto, bajo la protección del Estado. El derecho a la integridad psíquica, física y moral requiere un desarrollo legal que determine los supuestos en que se incurre en los delitos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como el establecimiento de los procedimientos para la investigación de los mismos y su consecuente sanción de los responsables. El derecho a la propiedad y la libertad contractual exigen una serie de concreciones legislativas en materia mercantil y administrativa para poder ejercitarlos en un marco de seguridad jurídica; etc.

²²⁵ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías... op. cit.*, pp. 82-84. “[E]n la medida en que ninguna de estas particularidades responde a inalterables características estructurales sino a decisiones de política legislativa, siempre sería posible insertarlas en una dogmática tendencialmente unitaria para todos los derechos que refleje, asimismo, su continuidad axiológica y estructural.”

Estos ejemplos nos muestran que el contenido normativo de los derechos civiles y políticos ha sido más desarrollado que el de los económicos, sociales y culturales, y que la falta de desarrollo de estos últimos se debe a su marginación histórica de los procedimientos de concreción legislativa, jurisprudencial y doctrinal, y no a un supuesto defecto genético; esta marginación se vuelve más evidente sobre todo en el plano internacional donde existe un grave desequilibrio en el tratamiento de los derechos civiles y políticos, que han sido privilegiados tradicionalmente en su desarrollo normativo y el establecimiento de procedimientos internacionales de protección de los mismos, contrario a los derechos económicos, sociales y culturales, “cuyo desarrollo -tanto normativo como institucional- ha sido postergado por exigencias del conflicto ideológico surgido de la Guerra Fría”,²²⁶ y que hoy pretende ser relegado al discurso de los servicios sociales, cuyas expectativas sólo pueden ser prestadas discrecionalmente cuando las arcas estatales están llenas, no cuando están vacías.²²⁷ Así las cosas, no hay ningún motivo de peso para negar que el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales pueda ser determinado de una manera similar a la de los derechos civiles y políticos, y por tanto, que sean objeto de exigibilidad judicial o cuasi-judicial en sede nacional o internacional.²²⁸

En esa misma línea se ha manifestado el CDESC, para quien no hay ningún derecho reconocido en el PIDESC que no se pueda considerar que posee, en la gran mayoría de los sistemas, alguna dimensión de justiciabilidad; y por consiguiente, una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del alcance de los tribunales, sería arbitraria e incompatible con

²²⁶ VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho Internacional... op. cit.*, pp. 44-45.

²²⁷ SARTORI, Geovanni, *La democracia después del comunismo*, trad. de María Luz Morán Calvo-Sotelo, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 123.

²²⁸ LIEBENBERG, Sandra, “The protection of economic and social rights in domestic legal system”, in ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina and ROSAS, Allan (Eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook... op. cit.*, pp. 60-61.

el principio universalmente reconocido de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, por lo que la diferenciación entre unos y otros derechos no puede estar justificada ni por la naturaleza de los mismos ni por las disposiciones del PIDESC.²²⁹

Aunado a ello, se debe resaltar que desde el momento en que estos derechos son reconocidos en las constituciones políticas y en los tratados internacionales, imponen límites y obligaciones a todos los poderes públicos, y disponen la existencia de al menos un contenido mínimo o un nivel esencial de cada derecho, indisponible y susceptible de exigibilidad judicial o cuasi-judicial, que los Estados están en la obligación de asegurar incluso en épocas de crisis o de dificultades fácticas, dado que “sin el respeto de ese contenido básico el derecho en cuestión quedaría desnaturalizado, desfigurado, y resultaría, al cabo, irreconocible o impracticable”.²³⁰ Sobre el contenido mínimo de estos derechos volveremos en la segunda parte de esta tesis.

1.1. Consideraciones previas sobre la justiciabilidad.

Hemos señalado que una de las causas de la protección debilitada de los derechos económicos, sociales y culturales radica en su marginación histórica por parte de los desarrollos legislativo, jurisprudencial y doctrinal, que se han centrado en el alcance y contenido de los derechos civiles y políticos. Con su consagración en constituciones nacionales y en instrumentos internacionales, los derechos económicos, sociales y culturales han planteado un desafío importante para la filosofía jurídica y la ciencia del derecho, en el sentido de advertir la necesidad de desarrollar los mecanismos idóneos para su protección, ya que tropiezan con una

²²⁹ CDESC, *Observación General N° 9 (1998)*. *La aplicación interna del Pacto*, párr. 10-11.

²³⁰ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...* *op. cit.*, p. 85. CDESC, *Observación General N° 3 (1990)*... *op. cit.*, párr. 10.

estructura estatal (y a veces supra estatal) de corte liberal que sólo está preparada para garantizar los derechos civiles y políticos.²³¹

A pesar de esta consagración normativa, las herramientas con que cuentan los ordenamientos jurídicos -nacionales e internacionales- aún mantienen las concepciones, las formas y las estructuras que solamente son compatibles con la protección de los derechos civiles y políticos; es decir, que aunque constitucionalmente e internacionalmente se da un avance importante en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, el edificio normativo sobre el que descansan los sistemas de protección (nacional, regional y universal) no parecen adecuarse a las exigencias de esta realidad jurídica. Y ello trae como consecuencia que los derechos económicos, sociales y culturales permanezcan en el “Estado de promesas”, cuya consecución depende de la discrecionalidad de los entes políticos y administrativos.²³²

Evidentemente, el problema de los derechos económicos, sociales y culturales va más allá de demostrar y justificar su importancia para la dignidad de las personas, sino que implica también la necesidad de buscar la forma de protegerlos eficazmente,²³³ y por ello, es fundamental el trabajo teórico y práctico de académicos,

²³¹ “[A] lo largo de casi todo el siglo diecinueve el papel constitucional de los derechos sociales no pasa de ser el de cláusulas políticas de compromiso, a menudo promovidas por élites conservadoras o liberales reformistas como una forma de dotarse de legitimidad y de desarticular los movimientos sociales que persiguen un reconocimiento más amplio de sus intereses”, en PISARELLO, Gerardo, “Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional. Por una protección compleja de los derechos sociales”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 15, México, octubre de 2001, p. 82.

²³² FERRAJOLI, Luigi, “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (Ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 25-26.

²³³ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos... op. cit.*, p. 64. Para este autor, el problema de fondo relativo a los derechos humanos en general “no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos* [...]. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más

investigadores, activistas, abogados litigantes, etc. para adecuar y diseñar las técnicas idóneas que permitan su protección, y “que la ciencia jurídica y política no ha teorizado ni diseñado todavía, ni lo hizo en el momento de expansión del Estado social”,²³⁴ ni en el ámbito interno ni durante el proceso de internacionalización de los derechos humanos. Sólo así es posible superar el hecho de que su reconocimiento no haya sido acompañado de la elaboración de las respectivas garantías que, entre otras cosas, no les permiten ser exigidos en sede jurisdiccional o cuasi-judicial y los vuelve blanco fácil de quienes cuestionan su calidad de derechos²³⁵ y que consideran que equipararlos a los “verdaderos derechos” (los civiles y políticos) no solamente es un error de concepto, sino también “una estupidez práctica que transforma una sociedad de beneficiarios en una sociedad de la protesta de los descontentos”.²³⁶

Por todo ello, es importante subrayar que la falta de garantías no se debe a una cuestión natural de los derechos económicos, sociales y culturales, sino más bien – como ya hemos señalado- a que la mayoría de los medios jurídicos -sobre todo los jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales- que hoy existen, fueron diseñados para tutelar los derechos civiles y políticos, cuya protección se construyó a partir de la idea del derecho subjetivo, que a su vez nació como un modelo jurídico para dar solución a determinadas relaciones surgidas en el intercambio económico. En este sentido, su construcción dogmática se realizó tomando como molde el derecho de

seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”.

²³⁴ MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 203-204.

²³⁵ Entre otros, Hayek critica que el reconocimiento internacional de los derechos económicos, sociales y culturales no es más que un “espectáculo de la Asamblea General de las Naciones Unidas [que mina] el respeto que debería merecer, [pues fomenta] el ingenuo prejuicio de que se puede crear cualquier situación que se considera deseable simplemente decretando su existencia [...]. El concepto de ‘derecho universal’ que garantice al campesino, al esquimal y acaso también al Abominable Hombre de las Nieves ‘vacaciones periódicas pagadas’ muestra lo absurdo de todo esto [...]. Proclamarlos solemnemente como derechos significa jugar irresponsablemente con el concepto de ‘derecho’, lo cual sólo puede conducir a menoscabar el respeto que el derecho merece”, en HAYEK, Friedrich A. von, “El espejismo de la justicia social”... *op. cit.*, pp. 306-307;

²³⁶ SARTORI, Geovanni, *La democracia después...* *op. cit.*, p. 123.

propiedad -lo cual refleja claramente las exigencias del sistema liberal-burgués del siglo XIX-, y como consecuencia, su protección jurisdiccional siempre ha girado en torno a la tutela de los derechos de contenido patrimonial.

Ciertamente, el protagonismo de la burguesía pasó del terreno económico y político al ámbito jurídico, ya que lograron que la propiedad adquiriera la necesaria relevancia (a) para considerarla un derecho fundamental bajo la justificación teórica de Locke y los fisiócratas en los siglos XVII y XVIII, respectivamente;²³⁷ (b) para sistematizar dogmáticamente la categoría moderna de derecho subjetivo alrededor de ella; y (c) para que ciencia jurídica decimonónica injertara en dicha categoría una segunda operación: “la calificación de los derechos fundamentales dentro de la categoría más amplia de los ‘derechos públicos subjetivos’, ya no fundantes sino fundados por el Estado”.²³⁸ Con todo ello, no es difícil establecer que otros bienes no patrimoniales como la vida y la libertad, consagrados en las primeras declaraciones de derechos, hayan quedado identificados con esta construcción histórica.²³⁹

Y evidentemente, cuando se pretende agenciar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales se hace pensando sobre todo desde un modelo patrimonialista que ha girado fundamentalmente sobre las ideas de propiedad, de contrato y de responsabilidad civil, y por tanto, es un prototipo moldeado a partir de un sujeto que es propietario, y que tiene determinadas relaciones con otros propietarios. De allí que se pueda sostener que el paradigma de los derechos económicos, sociales y culturales es incompleto, y aunque están reconocidos en las constituciones nacionales o en los pactos internacionales de

²³⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y FERNÁNDEZ, Eusebio (Dirs.), *Historia de los derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 122-123.

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, prólogo de Norberto Bobbio, Trotta (1995), Madrid, 6ª ed. 2004, pp. 863 y 912.

²³⁹ AÑÓN ROIG, María José, GARCÍA AÑÓN, José (Coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed. 2004, p. 58.

derechos humanos, “todavía no se ha generado un paradigma completo sobre cómo dar contenido a estas categorías -por lo menos no en una medida comparable a la que sí ha desarrollado el modelo del derecho privado-“.²⁴⁰

No es de extrañar entonces que la construcción jurídica de estos derechos esté relacionada con el origen de la idea de derecho social que tiene lugar centralmente a partir de la crítica del empleo de las nociones jurídicas típicas del modelo liberal a las relaciones entre capital y trabajo, de acuerdo con el cual esta relación (capital-trabajo) debía interpretarse a partir de las nociones contractuales y de responsabilidad del derecho civil. Esto implica que “las relaciones laborales constituían un contrato como cualquier otro, en el que dos sujetos en igualdad legal de condiciones pactaban libremente el intercambio de bienes: por un lado, la puesta a disposición del patrón de la fuerza de trabajo por parte del trabajador; por otro lado, el pago de un precio -el salario- por parte del empresario”.²⁴¹

De esta manera, la noción de derecho subjetivo se ha utilizado para designar dos realidades jurídicas diversas y opuestas entre sí con ascendencias teóricas distintas. Por un lado, la filosofía iusnaturalista y contractualista de los siglos XVII y XVIII de los derechos humanos, y por el otro, la tradición civilista y romanista de los derechos patrimoniales. Así, con la incorporación de la propiedad como derecho sagrado e inviolable en las primeras declaraciones de derechos humanos, ésta se valorizó como un derecho o un principio del mismo tipo que la libertad y la igualdad,²⁴² y a pesar de las diferencias estructurales entre derechos humanos y

²⁴⁰ COURTIS, Christian, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 185-186.

²⁴¹ COURTIS, Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático... op. cit.*, p. 12-13.

²⁴² Así, el artículo 2 de la Declaración francesa de 1789 consagra como derechos naturales e imprescriptibles de la persona, la libertad, *la propiedad*, la seguridad y la resistencia a la opresión. Por su parte, Locke - uno de los pensadores liberales más importantes e influyentes del siglo XVII -, a la pregunta de cuáles son los derechos naturales (humanos), responde que la vida, la libertad y la

derechos patrimoniales, la protección de los primeros se ajustó al modelo civilista de protección de los segundos.²⁴³ Desde entonces, la propiedad privada y su modelo de protección se han hecho omnipresentes en todos los documentos de derechos humanos, desde la Declaración de 1789 hasta la Declaración Universal y la Declaración Americana de 1948, así como en la totalidad de las constituciones políticas de las sociedades contemporáneas, y se le ha considerado incluso más fundamental que otros contenidos e intereses verdaderamente vitales para la dignidad humana.

En ese orden de ideas, si comparamos la propiedad privada con la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales, y con la misma dignidad humana, su protección y garantía se ha positivizado de tal forma que se ha convertido en un derecho más consistente a la hora de acudir ante las instancias judiciales o cuasi-judiciales. Mientras tanto, a pesar de que el valor de la dignidad se presenta como una de las finalidades del Estado moderno y de la comunidad internacional, cuando se intenta determinar las condiciones necesarias para su garantía, el debate no pasa de ser filosófico y político, ya que es un bien que todavía se encuentra difuso en el derecho positivo. Si bien es cierto que derechos como la vida está normativamente reconocido, también es indudable que existe una gran resistencia ante la posibilidad de determinar un derecho a la vida *digna*, que implicaría la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales en igualdad de condiciones que los derechos civiles y políticos.²⁴⁴ Tal como lo ha señalado la CIDH,

propiedad, véase al respecto, LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, trad., prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1990, pp. 38, 55-75.

²⁴³ FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales", en Íd., *Los fundamentos de los derechos... op. cit.*, p. 25, 30-35.

²⁴⁴ La dignidad humana es un bien "sin tanta tradición jurídica [... que] no está regulado por leyes positivas concretas ni respaldado por una tradición jurídica consistente [... sino que] es concebido como un principio ético genérico que se encuentra muy vinculado a los principios morales y religiosos de las distintas tradiciones culturales, pero raramente se encuentra algún tipo de legislación positiva al respecto [...]. La vida digna [...] aparece jurídicamente como un principio frágil y difuso para ser

[...] los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a la vida (entendido en su sentido más estricto), del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal, de los derechos relacionados con el sistema de democracia representativa y de los demás derechos civiles y políticos.²⁴⁵

Considerando todas estas premisas, también es preciso señalar que una de las construcciones teóricas contemporáneas más importantes sobre el concepto de derecho subjetivo fue realizada por el jurista y filósofo austriaco Hans Kelsen, quien la desarrolló partiendo de la crítica a las teorías dominantes de ese momento (la teoría del interés de Rudolf von Jhering, la teoría de la voluntad de Bernhard Windscheid y la teoría de la combinación de Georg Jellinek).²⁴⁶ Para Kelsen, un derecho subjetivo en sentido técnico consiste en el poder jurídico que tiene un sujeto de accionar ante un órgano determinado para demandar la sanción de otro sujeto que, estando jurídicamente obligado, no ha cumplido con su deber. Básicamente, este

defendido por el Derecho positivo ante cualquier tribunal. A fin de cuentas, ¿qué se entiende por vida digna? [...]. El sufrimiento que lleva a la persona al umbral de la supervivencia, que la sitúa entre la vida y la muerte, es una indignidad humana; el sufrimiento humano extremo exige, como primer derecho, el derecho a vivir. El sufrimiento humano cuestiona todos los relativismos culturales, exige el reconocimiento de la persona y de su dignidad. Por eso la dignidad se enarbola como un criterio universal y universalizable de cualquier ética o derecho. Los derechos básicos de la existencia humana se anteponen a cualquier otro derecho positivo contrario: el derecho a alimentarse, el derecho a la salud, etc., hacen que los otros derechos sean subsidiarios de ellos, en concreto el derecho a la propiedad privada”, en BARTOLOMÉ RUÍZ, Castor M. M., *El Movimiento de los Sin Tierra en Brasil... op. cit.*, pp. 75-76.

²⁴⁵ CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú*, 02 de junio de 2000, Capítulo VI. A., párr. 2.

²⁴⁶ Para un análisis general sobre estas teorías y las críticas de Kelsen a las mismas, véase CRUZ PARCERO, Juan A., *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, Fontamara, México, 2004, pp. 26-37; y PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional... op. cit.*, pp. 135-141. El esquema privatista del derecho subjetivo se revela de una desconcertante fragilidad, tanto en su configuración como “potestad de querer” (Windscheid), como en la de “interés jurídicamente protegido” (Jhering). Más tarde, según el esquema del interés jurídicamente protegido, se configuraron como “derechos públicos subjetivos”, producidos por una “auto-obligación” o “auto-limitación” del Estado (Jellinek). Finalmente, la noción fue marginada como conceptualmente inconsistente a causa de su carácter genérico o, a lo sumo, rebajada a un presupuesto técnico de la aplicación de la sanción (Kelsen), en FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón... op. cit.* p. 913.

autor identifica el derecho subjetivo con la facultad procesal del titular de recurrir a los órganos jurisdiccionales para exigir el cumplimiento de una obligación correlativa,²⁴⁷ lo cual refleja que la construcción kelseniana tomó como parámetro la figura del derecho a la propiedad, que como ya hemos visto, tiene una tradición milenaria en materia civilista que siempre ha relacionado rígidamente los derechos patrimoniales con el derecho de acción (exigibilidad judicial) como técnica de garantía.

No obstante, identificar el derecho subjetivo con la capacidad para su imposición en virtud del cumplimiento de un deber, en primer lugar no da cuenta de que los derechos humanos contienen un haz de posiciones iusfundamentales que pueden ser tanto una libertad jurídica como un derecho a acciones negativas o positivas por parte del Estado²⁴⁸; y en segundo lugar, reduce el derecho subjetivo (a) al deber jurídico de un sujeto en la relación jurídica con el titular del derecho, y (b) al deber que atañe al juez de aplicar una sanción en caso de transgresión.²⁴⁹

Si tomamos en cuenta que el modelo kelseniano de derecho subjetivo es el más generalizado y el que más ha influido en la concepción de justiciabilidad de los derechos humanos, no es de extrañar que ante la pregunta de si los derechos

²⁴⁷ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 11ª ed. 2000, pp. 146-147; KESLEN, H., *Teoría General del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 15ª ed., imp. 1983, p. 79. Para este autor, hay otros cuatro sentidos en que se puede decir que una persona tiene un derecho subjetivo: (a) derecho subjetivo como reflejo de una obligación jurídica; (b) derecho político; (c) derecho o libertad fundamental; y (d) derecho subjetivo como permisión positiva.

²⁴⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 181-183 y 241-242; Hohfeld también señala que el término "derecho subjetivo" se utiliza sin advertir que a veces se trata de cuestiones distintas tales como privilegio, inmunidad, potestad o poder, en HOHFELD, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, trad. de Genaro R. Carrió, Fontamara, México, 1ª ed. 1991, pp. 46-50. Por su parte, Ferrajoli sostiene que se da un uso indiscriminado de la palabra "derecho subjetivo" referida a un similar cúmulo de figuras heterogéneas, viendo en ese uso el vehículo de una secular operación de mistificación a la que han contribuido tanto la tradición liberal como la socialista, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, p. 909.

²⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales" ... *op. cit.*, p. 47.

económicos, sociales y culturales son auténticos derechos en su sentido técnico, la respuesta sería que muy pocos, es decir, solamente aquellos que pueden ser exigidos judicialmente en caso de violación; y por lo tanto, la noción de derechos económicos, sociales y culturales sería una contradicción en los términos porque no reuniría los requerimientos necesarios para hablar de un derecho subjetivo en sentido estricto.²⁵⁰ Aún más, bajo estos parámetros, todos aquellos derechos -incluso los civiles y políticos- consagrados en convenciones internacionales que no se puedan exigir en sede jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional, no podrían ser considerados verdaderos derechos.

Finalmente, es importante subrayar que la justiciabilidad (esfera jurídica) constituye sólo una dimensión de la noción de exigibilidad que, en un sentido amplio, también comprende las dimensiones política y social; para efectos de esta tesis doctoral, realizamos nuestro análisis de la exigibilidad de los derechos humanos en general, y la de los derechos económicos, sociales y culturales en particular, desde la dinámica tradicional de la esfera jurídica, pero sin ignorar que la noción de exigibilidad rebasa dicho ámbito, “no solo por las múltiples y complejas esferas en que debe producirse su aplicación, sino también por su cuestionada eficacia respecto de la masiva problemática social que subyace a las exigencias de aplicabilidad de estos derechos”,²⁵¹ tal como lo veremos más adelante.

²⁵⁰ ATRIA, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones. Doxa*, N° 4, Alicante, 2004, p. 15.

²⁵¹ JURADO VARGAS, Romel, “Exigibilidad de los derechos humanos relacionados con la comunicación desde el ámbito de las políticas públicas”, en *Revista Aportes Andinos*, N° 4, Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, noviembre de 2002, <<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista4/articulos/romeljurado.htm>> [Consulta 10 de diciembre de 2008]. En el mismo sentido, la ya citada Declaración de Quito señala en su punto 19 que “[l]a exigibilidad es un proceso social, político y legal. La forma y medida en que un Estado cumpla con sus obligaciones respecto de los DESC no solamente ha de ser materia del escrutinio de los órganos de verificación del cumplimiento de las normas que los consagran y garantizan, sino que debe abarcar la participación activa de la sociedad civil en esta tarea como una condición sustancial del ejercicio de su ciudadanía [...]”.

Aunque en este trabajo nos limitaremos a abordar dos aproximaciones de la justiciabilidad (imperativista y normativista), antes es preciso considerar algunas caracterizaciones específicas del fenómeno de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, en virtud de los diferentes enfoques –según Scheinin- desde los cuales la justiciabilidad puede ser presentada: (a) El enfoque de las fuentes, (b) el enfoque sustancialista, (c) el enfoque compuesto, (d) el enfoque de los elementos, (e) el enfoque de los remedios, (f) el enfoque de las obligaciones, y (g) el enfoque integrado.

(a) Para el enfoque de las fuentes, la justiciabilidad se refiere a las fuentes del derecho, es decir, a ciertas disposiciones sobre derechos económicos, sociales y culturales establecidas en un tratado internacional o una Constitución nacional; (b) en cuanto al enfoque sustancialista, la justiciabilidad da cuenta de la sustancia de ciertos derechos económicos, sociales y culturales, posiblemente deducido de un caso concreto de una multitud de fuentes, como los tratados internacionales, la Constitución nacional y las leyes; (c) para el enfoque compuesto, más que a una determinada fuente -como una disposición de un tratado-, la justiciabilidad se refiere a un proceso a través del cual diversas fuentes del derecho son juntadas y usadas, como fragmentos normativos, a fin de construir una norma compuesta que es exigible a través de una autoridad judicial o cuasi-judicial; (d) en referencia al enfoque de los elementos, la justiciabilidad da cuenta de un aspecto de un derecho económico, social y cultural, que dentro de un más amplio alcance, permita identificar una o varias dimensiones, o un núcleo en que tal derecho es justiciable; (e) para el enfoque de los remedios, la justiciabilidad se refiere a la identificación de un remedio judicial o cuasi-judicial para reparar la violación de un derecho económico, social y cultural, es decir, para encontrar un procedimiento adecuado a través del cual el derecho respectivo es exigido judicialmente o cuasi-judicialmente; (f) en virtud del enfoque de las obligaciones, la justiciabilidad de los derechos económicos,

sociales y culturales se aborda a través del prisma de las obligaciones del Estado, principalmente desde la triple tipología de respeto, protección y cumplimiento de tales derechos; y (g) para el enfoque integrado, la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales se construye a través de sus vínculos con los derechos civiles y políticos, sobre todo con el derecho a la no discriminación y el derecho a un juicio justo.²⁵²

Pese a la riqueza conceptual que representa esta diversidad de enfoques, se puede afirmar que no todos son convenientes de cara a una mejor protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, el enfoque esencialista (a) debe rechazarse, ya que no permite que la complejidad de las situaciones en que la cuestión de la justiciabilidad se plantea en la práctica sea abordada, sino más bien conduce a eternos debates en torno a la clasificación de un tratado internacional como justiciable o no; el enfoque sustancialista (b), aunque es mucho más correcto que el anterior, todavía es insuficiente, dado que no permite ir más allá de la fácil cuestión de probar la existencia de la justiciabilidad en sí. En el mismo sentido, los enfoques compuesto (c) e integrado (g) también son correctos, e incluso útiles, pero siguen siendo válidos sólo para probar que se camina hacia un reconocimiento general del principio de justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales, pero no que son justiciables en general. Por su parte, el enfoque de los elementos (d) tiene una fuerte atracción intuitiva, pero puede parecer problemático, ya que aparenta estar en conflicto o por lo menos en tensión con el enfoque estándar de las obligaciones (f). No obstante, esta última afirmación no debería dar lugar al rechazo del enfoque (d), pero sí, por el contrario, a la comprensión de que el enfoque (f) es incorrecto y engañoso, dado que aunque la tipología de las obligaciones de respetar, proteger y cumplir sigue siendo útil en otros ámbitos, debe entenderse que no fue desarrollada en o para el contexto de la aplicación judicial o cuasi-judicial de

²⁵² SCHEININ, Martin, "Justiciability and the indivisibility of human rights"... *op. cit.*, pp. 18-19.

los derechos económicos, sociales y culturales, sino más bien como un esfuerzo por explicar, utilizando términos legales, su aplicación en otras instancias que no eran las judiciales. A través del reconocimiento de la exactitud del enfoque (d) y el rechazo - en el contexto de la aplicación judicial- del enfoque (f), uno llega a la conclusión de que en el ámbito del derecho internacional, el enfoque (d) se encuentra en el corazón de la discusión sobre la justiciabilidad.²⁵³

También es preciso señalar que existen un par de dificultades potenciales asociadas con la utilización de la triple tipología de obligaciones de respetar, proteger y cumplir. En primer lugar, dicha tipología tiende a asumir una clara relación entre el contenido de las obligaciones del Estado, por un lado, y los derechos por el otro. En ese sentido, da la impresión de que las obligaciones estatales agotan el contenido del derecho en cuestión, y viceversa; y por tanto, cuando no hay una obligación no hay un derecho, y cuando no hay un derecho no hay una obligación. Y en segundo lugar, el establecimiento de la tipología tripartita a menudo induce a enmarcar de cualquier manera toda transgresión de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito de las obligaciones de respetar, de proteger o de cumplir, pero sin detenerse demasiado en el análisis de las causas y procesos que las provocan, que tiene que ver más con la forma en que la sociedad está estructurada y en que la riqueza está distribuida.²⁵⁴

En virtud de todo lo anterior, podemos afirmar que los enfoques (d) y (e) pueden considerarse los más convenientes para caracterizar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, sin negar la importancia estratégica que el enfoque (g) representa para la búsqueda de técnicas eficaces de litigio de estos

²⁵³ *Ibíd.*, pp. 19-20.

²⁵⁴ CRAVEN, Matthew, "Assessment of the Progress on Adjudication of Economic, Social and Cultural Rights", in SQUIRES, John, LANGFOR, Malcom, y BRET, Thiele (Eds.), *The road to a remedy... op. cit.*, pp. 32-36.

derechos; de cualquier forma, aunque este último enfoque referente a la interdependencia de *todos* los derechos humanos proporciona una especie de trampolín para alcanzar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, es preciso dejar claro que su utilización no puede significar la reducción de los derechos económicos, sociales y culturales a un aspecto particular de los derechos civiles y políticos; por el contrario, debe ayudar a liberar su potencial justiciabilidad.²⁵⁵

Tomando en cuenta todos estos precedentes, en el siguiente apartado examinaremos las dos aproximaciones que hemos mencionado -la imperativista y la normativista-, a través de las cuales podemos analizar el tema de la justiciabilidad, con el objetivo de señalar las consecuencias jurídicas que tiene cada una de ellas, y así tomar partido por aquella que nos permita u ofrezca mayores espacios teóricos y prácticos en la búsqueda de una mejor protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Valga decir que ambas aproximaciones *coinciden* en que adscribir un derecho a un sujeto implica imponer un deber a otro (sujeto), precisamente el deber de satisfacer la pretensión o expectativa en la que consiste el derecho; sin embargo, *discrepan* en que para una (aproximación imperativista), cuando no existe jurídicamente el deber, no existe tampoco el derecho; y para la otra (aproximación normativista), un derecho existe en cuanto conferido a un sujeto por una norma -constitucional o internacional-, aún cuando no exista la garantía respectiva, por no haber sido dispuesta o predispuesta por otra norma que imponga a otro sujeto el deber correspondiente. En otras palabras, desde la aproximación imperativista se niega la calidad de derechos a aquellos que están privados de las debidas garantías, mientras que desde la aproximación normativista se sostiene que tanto los derechos como las garantías necesitan ser normativamente establecidos, por lo que es posible que se den los primeros y que estén ausentes las segundas, con lo

²⁵⁵ SCHEININ, Martin, "Justiciability and the indivisibility of human rights"... *op. cit.*, pp. 20-23.

cual no estaríamos ante un *no-derecho*, sino ante una laguna que los poderes públicos tienen el deber de colmar.

1.2. La aproximación imperativista.

En virtud de esta primera aproximación, se sostiene que cuando una norma atribuye un derecho a un sujeto, implica imponer un deber a otro sujeto, el cual radica en satisfacer la pretensión o expectativa en la que consiste el derecho. En otros términos, un derecho subjetivo no es más que una pretensión atribuida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) al que se le impone un deber o una obligación correlativa. Por tanto, tener un derecho subjetivo frente a alguien significa que es posible exigirle un determinado comportamiento que constituye el contenido del derecho (el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro). No obstante, para garantizar este derecho no es suficiente proclamarlo en una Constitución o en un tratado internacional, sino que es necesario disponer de los mecanismos adecuados para su protección.²⁵⁶

De esta manera, para que podamos hablar de un derecho subjetivo en sentido estricto es necesario que una persona tenga una obligación cuya exigibilidad esté jurídicamente mediada por la declaración de voluntad de otra y que sea reconocida por el derecho en atención al interés de esa otra persona.²⁵⁷ Por tanto, sólo pueden ser considerados verdaderos derechos aquellos cuyo cumplimiento puede ser exigido ante un órgano judicial o cuasi-judicial y éste exigir al sujeto que lo vulnera que cambie su conducta e indemnice al titular del derecho por los perjuicios causados por dicho incumplimiento.

²⁵⁶ GUASTINI, Riccardo, "Derechos: una contribución analítica (Draft)", en SAUCA CANO, José María (Ed.), *Problemas actuales... op. cit.*, pp. 128-132.

²⁵⁷ ATRIA, Fernando, "¿Existen derechos sociales?"... *op. cit.*, p. 23.

Así, la garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere, sino que tiene que ser instaurada por otra norma secundaria que instituya mecanismos idóneos para prevenir la violación de la primera, y prevea remedios en caso de que ésta sea inevitablemente infringida. Como bien es sabido, en los ordenamientos jurídicos actuales (tanto nacionales como internacionales - regionales y universales-), los derechos están garantizados mayormente por mecanismos judiciales o cuasi-judiciales, aunque es posible también que sean garantizados a través de otras técnicas. En ese sentido, para que un derecho pueda ser exigido judicialmente se requiere que (a) tenga un contenido preciso; y (b) que pueda ser ejercitado frente a un sujeto determinado también de forma precisa. En otras palabras, el derecho de una persona es justiciable si, y sólo si, a ese derecho le corresponde un deber (comportamiento claramente definido) de otro sujeto debidamente determinado.²⁵⁸

En consecuencia, que el sujeto *A* tenga un derecho no solamente implica que se beneficia de la obligación ajena, a cargo del sujeto *B*, sino también que el sujeto *A* pueda exigir ante los tribunales el cumplimiento de dicha obligación; en otros términos, para que el sujeto *A* tenga un derecho subjetivo no basta con que el sujeto *B* tenga deberes u obligaciones a su respecto; además es preciso que las instituciones estén obligadas por normas jurídicas a imponer el cumplimiento de las obligaciones.²⁵⁹ Por tanto, uno de los rasgos fundamentales del derecho subjetivo es la posibilidad de que el sujeto *A* pueda dirigir un reclamo ante una autoridad independiente para que haga cumplir al sujeto *B* con su obligación respecto de *A* o imponga reparaciones o sanciones por su incumplimiento. Esta posibilidad de exigir

²⁵⁸ GUASTINI, Riccardo, "Derechos: una contribución analítica (Draft)"... *op. cit.*, pp. 133-134.

²⁵⁹ CAPELLA, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 101-102.

judicial o cuasi-judicialmente supone una técnica de garantía del cumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho en cuestión.²⁶⁰

Sobre la base anterior, Guastini señala que se pueden distinguir dos clases de derechos: los “derechos verdaderos” y los “derechos de papel” o “derechos ficticios”. Los primeros serían aquellos (a) que son susceptibles de tutela jurisdiccional; (b) que pueden ser ejercitados frente a un sujeto determinado; y (c) cuyo contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, del mismo modo que lo es, el sujeto que es su titular. Los segundos serían aquellos derechos que no cumplen con una de estas tres condiciones. Por tanto, cuando no existe jurídicamente el deber, no existe tampoco propiamente el derecho. Y así, un derecho conferido a un sujeto por una norma pero que no está garantizado por otra norma que imponga a otro sujeto el deber correspondiente -mediante la previsión de sanciones- no es un verdadero derecho.²⁶¹

Si bajo estos parámetros analizamos las disposiciones de derechos económicos, sociales y culturales consagradas en muchas constituciones contemporáneas y en tratados internacionales de derechos humanos, como el PIDESC o el Protocolo de San Salvador, concluiríamos que aunque han sido formuladas como normas atributivas de derechos, en realidad no confieren ningún derecho verdadero, sino que son normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador, a quien le recomiendan realizar un cierto programa o política económico-social para alcanzar determinados objetivos o fines sociales, pero que no son susceptibles de justiciabilidad, ya que aunque el legislador tiene la obligación de promover unos fines determinados, no tiene sin embargo ninguna obligación precisa por lo que respecta a los medios -a un

²⁶⁰ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático... op. cit.*, p. 6.

²⁶¹ GUASTINI, Riccardo, “Derechos”, en Íd., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. De Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa Editorial, Barcelona, 1999, pp. 185-186.

medio determinado, entre los muchos que podrían ser usados para alcanzar dichos fines-, e incluso, aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco podrían ser exigidos mediante garantías judiciales porque un juez no puede obligar al legislador a dictar leyes. Si bien un juez *sí* puede anular una ley que viole un derecho económico, social y cultural, *no* puede decir nada respecto a la inexistencia de una ley que lo desarrolle, dado que la omisión del legislador carece de cualquier clase de sanción.²⁶²

Todo lo anterior refleja la influencia de la visión kelseniana en relación con el derecho subjetivo, que a pesar de su aceptación casi generalizada, no toma en consideración la distinción existente entre los derechos y sus garantías, ya que identifica los derechos humanos con estas últimas, especialmente con su accionabilidad en juicio; bajo este modelo, los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos constitucional e internacionalmente no serían verdaderos derechos porque en la mayoría de los casos están desprovistos de garantías para su protección, por lo que, como lo denuncia Angulo Sánchez, bajo esta concepción “no pasarían de constituir meras aspiraciones, eso sí legítimas, objetivos a lograr, cuya insatisfacción sería , como mucho, denunciante ante la opinión pública a través de los medios de comunicación, por ejemplo, o poco más.”²⁶³ Es de resaltar que el problema de la ausencia de garantías correlativas a los derechos económicos, sociales y culturales no se plantea habitualmente en el debate jurídico, sobre todo en el ámbito internacional.

En línea con la argumentación anterior, tomemos el ejemplo de una norma jurídica del tipo “Juan tiene un derecho frente a Pedro” y preguntémosnos, ¿dicha norma implica el enunciado “Pedro tiene una obligación frente a Juan”?, o por el

²⁶² GUASTINI, Riccardo, “Derechos: una contribución analítica (Draft)” ... *op. cit.*, p. 137.

²⁶³ ANGULO SÁNCHEZ, Nicolás, *El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado. Conceptos, contenido, objetivos y sujetos*, IEPALA Editorial, Madrid, 2005, p. 89.

contrario, ¿necesita ser producida expresamente para cobrar existencia? Evidentemente, la respuesta correcta es que el enunciado “Juan tiene un derecho frente a Pedro” implica que “Pedro tiene una obligación frente a Juan”; en otros términos, la norma que dicta la obligación de “Pedro” existe en el ordenamiento jurídico en virtud de la existencia de la norma que atribuye el derecho a “Juan”. No obstante, también es posible encontrarnos con enunciados legislativos del tipo “Juan tiene un derecho” sin especificar la identidad del sujeto (“Pedro”) que está obligado a satisfacerlo. Tal es el caso de muchos derechos humanos, no sólo económicos, sociales y culturales, que únicamente enuncian que “Juan tiene derecho al trabajo (a la salud, a la vivienda, etc.)”, frente a lo cual, para que se pueda afirmar la existencia de las obligaciones correlativas a esos derechos, es necesario que el sujeto (“Pedro”), a quien incumbe dichas obligaciones, quede también establecido o determinado en cualquier forma por las pertinentes normas de competencia.²⁶⁴

Ante este último enunciado tenemos dos salidas, (a) aceptar que la falta de dichas “normas de competencia” comporta la inexistencia del derecho aunque éste venga adscrito por otra norma; o (b) admitir que en virtud de su sola emanación, la norma que adscribe el derecho existe, junto al derecho mismo, pero que en ausencia de la norma que instituye la obligación correlativa, resulta no actuada y nos encontramos en presencia de una laguna que los poderes públicos tienen el deber de colmar. Desde una aproximación imperativista adoptaríamos la primera salida, mientras que desde una aproximación normativista adoptaríamos la segunda.

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi, “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho”... *op. cit.*, pp. 184-185. Valga aclarar que los tipos de enunciados que especifican claramente la identidad de los sujetos (el titular del derecho y el obligado) no es muy común en el lenguaje legislativo, y se da sobre todo en el lenguaje contractual, especialmente en el relacionado con la atribución de derechos patrimoniales, como es el caso de los derechos personales de crédito. En este caso, “no hay siquiera necesidad de hablar de normas implícitas: los derechos y las correlativas obligaciones son producidos, simultánea y contextualmente, como efectos del propio negocio, sobre la base de las normas hipotéticas que lo regulan. No es casual que Kelsen ejemplifique precisamente con este tipo de derechos, cuando sostiene que el derecho subjetivo no es más que ‘el reflejo’ de la obligación correspondiente.”

Evidentemente, la adopción de la primera aproximación (imperativista) sería admitir que un derecho humano, sólo sería propiamente o plenamente un “derecho verdadero” si se puede hacer valer (ante los tribunales nacionales e internacionales o ante los órganos con funciones cuasi-jurisdiccionales) a través de sanciones, y en última instancia, recurriendo al uso de la fuerza, por ejemplo, para imponer el cumplimiento de la obligación de satisfacer dicho derecho, lo cual provocaría la descalificación en el plano jurídico, de las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos humanos y la constitucionalización de los derechos económicos, sociales y culturales, que se verían reducidos “a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes.”²⁶⁵ En cambio, la adopción de la segunda aproximación (normativista) comportaría consecuencias jurídicas importantes para fortalecer la lucha por la exigibilidad judicial o cuasi-judicial (y política) de los derechos económicos, sociales y culturales, tal como lo analizaremos a continuación.

1.3. La aproximación normativista.

Desde una aproximación normativista, un derecho existe en cuanto conferido a un sujeto por una norma jurídica (una Constitución o un tratado internacional como el PIDESC o el Protocolo de San Salvador), aún cuando no exista la garantía respectiva (que debería existir) por no haber sido dispuesta por otra norma jurídica que imponga a otro sujeto el deber o la obligación correspondiente. De este modo, (a) una cosa es el derecho humano (subjetivo), que son las expectativas positivas (de prestación) o negativas (de no lesión) atribuidas a una persona por una norma jurídica, y (b) otra cosa muy distinta son los deberes correspondientes que constituyen las garantías, también dictadas por normas jurídicas, y que pueden ser obligaciones o prohibiciones (garantías primarias) u obligaciones de sanción o de

²⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”... *op. cit.*, p. 45.

declaración de nulidad cuando se violan las primeras (garantías secundarias).²⁶⁶ En otros términos, un derecho humano es un “verdadero derecho” si la norma que lo atribuye ha sido adoptada legítimamente respetando las reglas de producción jurídica de un determinado ordenamiento -sea nacional o internacional- o si se encuentra contenida en, o se deriva de, una disposición reconocida como fuente del derecho,²⁶⁷ que puede ser una Constitución o un tratado internacional.

Con esta propuesta, se fortalece la posición doctrinal que reconoce el carácter normativo de los derechos económicos, sociales y culturales, dado que “concibe la relación entre el derecho y la garantía como implicación normativa y no mera descripción o constatación de un hecho jurídico (que podría no darse)”. De esta manera se entiende que “las garantías pertenecen al deber ser del ordenamiento: el derecho subjetivo se origina con la norma que lo estatuye y, a partir del acto de producción de ésta, existirá ya, normativamente, como tal. De tal existencia normativa se deriva para el legislador la obligación -jurídica y de coherencia- de disponer, con nuevos actos normativos, los instrumentos adecuados para procurar la satisfacción de las expectativas generadas por aquél”.²⁶⁸

En ese sentido, si los derechos humanos consisten en expectativas negativas a las que corresponden prohibiciones de lesión, y en expectativas positivas a las que corresponden obligaciones de prestación, estas prohibiciones y obligaciones se constituyen en sus garantías primarias, y cuando las mismas son vulneradas, la obligación de sancionar judicialmente y reparar sus violaciones, se constituye en la

²⁶⁶ *Ibíd.*, pp. 45-52.

²⁶⁷ BOVERO, Michelangelo, “Derechos, deberes, garantías”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, p. 234.

²⁶⁸ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Prólogo”, en FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías... op. cit.*, ambas citas textuales corresponden a la p. 12.

garantía secundaria.²⁶⁹ No obstante, es posible que un derecho exista en el sentido de que se encuentra adscrito a un sujeto por una norma jurídica, pero no exista la doble obligación de satisfacer el derecho (garantías primaria y secundaria), en el sentido de que no se halla impuesta a otros sujetos por alguna norma jurídica concreta, o no es fácilmente deducible de las normas existentes. Por ejemplo, el derecho a la salud puede ser adscrito por una norma constitucional o internacional a todas las personas pero simultáneamente pueden faltar (o tener demasiadas lagunas o contradicciones) las normas que instituyan las obligaciones correspondientes de los sujetos de las estructuras sanitarias encargados de aportar la debida asistencia médica o farmacológica a tales personas.²⁷⁰

Tal es el caso de los enunciados legislativos del tipo “Juan tiene un derecho”, ya que no especifica la identidad del sujeto obligado (“Pedro”) ni en qué consiste su obligación (que es el contenido del derecho). Evidentemente, desde la aproximación normativista no diremos que estamos ante un “derecho de papel” o un “derecho ficticio”, sino ante una laguna que los poderes públicos tienen el deber de colmar. Y en este caso, la laguna podría ser superada si el parlamento adoptara una ley que especificara el sujeto obligado -“Pedro”- y el contenido preciso del derecho -la obligación o la prohibición que recae sobre “Pedro”- (garantía primaria), lo cual posibilitaría la exigencia en sede judicial o cuasi-judicial de su cumplimiento y/o su reparación en caso de transgresión (garantía secundaria); o en el plano internacional, si los Estados, por ejemplo, determinaran el contenido de los derechos y el alcance de sus obligaciones mediante una práctica general, constante, uniforme y duradera, si efectuaran declaraciones para convencionales, o si sus poderes legislativo o judicial realizaran actos que reconozcan la fuerza vinculante de las definiciones y delimitaciones hechas por otros órganos de la ONU en materia de derechos

²⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”, en *Íd.*, *Derechos y garantías... op. cit.*, pp. 43 y 59-65.

²⁷⁰ BOVERO, Michelangelo, “Derechos, deberes, garantías” ... *op. cit.*, pp. 236-237, 243, nota 10.

económicos, sociales y culturales (garantía primaria), como la Organización Mundial de la Salud, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, etc. (en adelante la OMS, la OIT y la UNESCO, respectivamente) en el ámbito universal; u órganos de la OEA como la Organización Panamericana de la Salud (en adelante la OPS), la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral que engloba un Departamento de Educación y Cultura y un Departamento de Desarrollo Social y Empleo, etc., en el ámbito interamericano;²⁷¹ y si finalmente los Estados ratificaran un Protocolo Facultativo para que el CDESC reciba comunicaciones individuales o si los Estados americanos reformaran el Protocolo de San Salvador con el objetivo de permitir que la CIDH y la Corte IDH puedan conocer peticiones individuales sobre *todos* los derechos contenidos en dicho instrumento (garantía secundaria).

En esa línea, podríamos ejemplificar que en ausencia de la norma penal que *prohíbe* quitar la vida arbitrariamente (homicidio, asesinato, etc.) o privar la libertad sin autorización judicial, no existiría la garantía primaria del derecho a la vida ni la del derecho a la libertad personal; si faltara la norma que *obliga* al Estado a instaurar un sistema gratuito de defensores públicos y de traductores, no existiría la garantía primaria del derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado y por un intérprete si la persona inculpada no comprende o no habla el idioma del tribunal correspondiente. Evidentemente, si faltaran las normas relativas a la jurisdicción en general (penal, civil, laboral o administrativa) para exigir el cumplimiento, la sanción o la reparación en caso de vulneración de estos derechos, tampoco existirían las garantías secundarias para ninguno de ellos. A pesar de esto, las ausencias señaladas no autorizan a negar la propia existencia de los derechos, sino solamente la de sus garantías.

²⁷¹ Sobre la costumbre como fuente de producción normativa, véase REMIRO BROTONS, Antonio, et al, *Derecho Internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 317-329.

Del mismo modo, en ausencia de una norma que *prohiba* la comercialización de medicamentos caducados y/o la contaminación de las aguas destinadas para el uso humano, no existiría la garantía primaria del derecho a la salud ni la del derecho a un medio ambiente sano; si faltara la norma que *obliga* al Estado a asegurar la educación primaria gratuita y la atención sanitaria básica, no existiría la garantía primaria del derecho a la educación pública ni la del derecho a la salud. También aquí es innegable que si faltaran las normas referentes al acceso a la jurisdicción para exigir el cumplimiento de la prohibición o la obligación, no existirían las garantías secundarias respectivas.

Es importante resaltar que cuando un derecho asume la forma de expectativas negativas e impone deberes de no hacer o de abstenerse, su violación se manifiesta a través de *antinomias* y su consecuente falta de validez de los actos -legislativos, administrativos o judiciales- que pueden ser anulados por vía jurisdiccional; y cuando un derecho asume la forma de expectativas positivas e impone deberes de hacer o dar, su violación se manifiesta mediante *lagunas* normativas y/o insuficiencias en las prestaciones que reclamarían medidas coercitivas más difíciles de accionar. De esta forma, es posible que junto al derecho de libertad de expresión (permiso) existan también los delitos de injuria y difamación (prohibición), sin que se niegue la existencia de ambas normas; y también es posible que no exista la obligación o la prohibición correlativa de un derecho subjetivo (lagunas primarias por la falta de garantías primarias) e incluso que no exista la obligación de aplicar la sanción en caso de violación de la obligación o la prohibición (lagunas secundarias por la falta de garantías secundarias), sin que tampoco se niegue la existencia del derecho por carecer de las debidas garantías que el legislador tiene el deber de satisfacer.²⁷²

²⁷² FERRAJOLI, Luigi, "De los derechos del ciudadano a los de la persona"... *op. cit.*, p. 109; y FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales"... *op. cit.*, p. 48.

En este sentido, un derecho humano que consista en una expectativa negativa -sea civil, político, económico, social o cultural- le corresponde la garantía primaria consistente en la prohibición para el legislador de violarlos y la garantía secundaria consistente en la obligación de los tribunales (especialmente las cortes o salas constitucionales) de anular las normas que los violen; en el caso de un derecho humano que consista en una expectativa positiva, le concierne la garantía primaria consistente en la obligación del legislador de disponer su satisfacción mediante leyes que introduzcan las obligaciones de las instituciones específicamente encargadas de ella, es decir, la obligación de colmar las lagunas que supone su ausencia, con lo cual podría ser objeto de control jurisdiccional. En otras palabras, a un derecho como la libertad de expresión le puede corresponder la *prohibición* del legislador de suprimir o limitar por ley dicha libertad (obligación de prohibir), cuya violación introduce una norma inválida -*antinomia*- por estar en contradicción con la Constitución; y a otro derecho como a la salud es posible que le corresponda la *obligación* del legislador de introducir obligaciones correlativas, como la obligación de asistencia sanitaria (obligación de obligar), cuya violación introduce una *laguna* que también está en contradicción con la Constitución.²⁷³

De esta forma, cuando se reconoce un derecho mediante una norma del tipo "Juan tiene un derecho", que no especifica al sujeto obligado ni la obligación o prohibición que le incumbe (laguna), dicha norma contiene una obligación dirigida al legislador para que introduzca las garantías primarias y secundarias que faltan, en otros términos, para que imponga a alguien, mediante la previsión de sanciones, la satisfacción de aquel derecho, o sea, de instituir específicas garantías para el mismo, ya que, la introducción de un derecho en un ordenamiento jurídico no puede tener otro sentido sino el de que el propio ordenamiento asume la obligación -

²⁷³ FERRAJOLI, Luigi, "Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho" ... *op. cit.*, pp. 188-189.

imponiéndola a los poderes públicos- de velar por la satisfacción de la expectativa o pretensión en la que consiste ese derecho. Por tanto, es posible sostener que una norma que atribuye (a alguien) un derecho humano se dirige implícita o explícitamente al legislador, no solamente *prohibiéndole* producir normas que contradigan ese derecho, sino también *obligándole* a garantizarlo, mediante la creación de las garantías (primarias y/o secundarias) adecuadas. Haciendo uso de un pequeño esquema elaborado por Bovero podríamos decir que un derecho (*D*) tiene los siguientes deberes correspondientes: el deber (*d*₁) del legislador de establecer normativamente el conjunto de deberes específicos cuya inobservancia coincide con la satisfacción de ese derecho -y este deber (*d*₁) es siempre existente, está puesto implícitamente por la misma norma atributiva del derecho (*D*); el deber (*d*₂) que engloba el conjunto de obligaciones específicas de observar los comportamientos indicados para satisfacer la expectativa o pretensión en la que consiste el derecho (*D*) -y este deber (*d*₂) puede existir o no existir jurídicamente (no existiría si, por ejemplo, fuera imposible determinar el sujeto al cual atribuirlo)-. Por tanto, al derecho (*D*) corresponden tanto un deber (*d*₁) siempre existente, como un deber (*d*₂) eventualmente inexistente.²⁷⁴

Si retomamos el ejemplo del derecho a la salud, se puede decir que su garantía consiste en la obligación de satisfacerlo, la cual supone e incluye a su vez, la obligación de producir una legislación social que introduzca los órganos obligados a

²⁷⁴ Para Bovero, “la obligación cuya existencia, como norma implícita, está implicada por la existencia de un derecho, como norma explícita (por ejemplo constitucional), no es inmediatamente la obligación en la que consiste la garantía (primaria) de la satisfacción del derecho, ya que dicha garantía puede ser inexistente -es decir, no es la obligación de sostener cierto comportamiento (por ejemplo, una cierta prestación sanitaria) cuya ejecución satisfaga la expectativa-derecho (por ejemplo, el derecho a la salud de un cierto sujeto), ya que puede no existir, o no ser identificable claramente, en lo individual, ni siquiera el sujeto a quien imputarle la obligación-, sino que es la obligación, para los poderes públicos, de introducir aquella misma garantía, es decir de crear las normas dirigidas a asegurar jurídicamente la satisfacción del derecho en cuestión: una obligación que, como todas las obligaciones, puede (de hecho) desobedecerse”, BOVERO, Michelangelo, “Derechos, deberes, garantías”... *op. cit.*, pp. 237-239.

ofrecer las respectivas prestaciones, del mismo modo en que la garantía del derecho a la vida o del derecho a la integridad personal consiste en la prohibición de violarlos, que a su vez implica e incluye, a cargo del legislador -además de la prohibición de prohibir, o sea, de producir leyes que los contradigan- la obligación de producir una legislación penal que sancione como delitos o faltas las correspondientes lesiones a tales derechos. Si la asistencia sanitaria es la expectativa generada por una Constitución, el PIDESC o el Protocolo de San Salvador que reconocen el derecho a la salud, pero la obligación correlativa a ella, el mecanismo para hacerla valer o la identidad del sujeto obligado no ha sido instituida normativamente, entonces estamos ante una *laguna* que debe ser superada mediante la introducción de otra norma que reconozca la garantía ausente. La introducción de esta otra norma que colme la ausencia de las garantías no es una cuestión discrecional de los poderes públicos, en este caso del legislador, sino una obligación implícita en el derecho mismo.²⁷⁵ Pese a que en el ámbito internacional no existe ni un poder constituyente ni ningún modo de producción normativa, “cuyo funcionamiento no repose en el consentimiento común o consenso del conjunto de los Estados”,²⁷⁶ es posible deducir que aunque un tratado internacional no contenga *expresamente* la obligación de los Estados de garantizar que toda persona cuyos derechos económicos, sociales y culturales hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo, la provisión de recursos judiciales es una de las medidas apropiadas que deben adoptar para implementar estos derechos, y para promover su disfrute sin discriminación; por tanto, cuando uno de los derechos consagrados en el PIDESC o en el Protocolo de San Salvador no se pueda ejercer plenamente sin la intervención de los tribunales, es preciso instituir los recursos judiciales necesarios.²⁷⁷

²⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi, “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho”... *op. cit.*, pp. 190-191.

²⁷⁶ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. “Los límites de la noción formal de orden público internacional”, en SALINAS DE FRÍAS, Ana y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina (Coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Tomo II*, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, p. 831.

²⁷⁷ CDESC, *Observación General N° 9 (1998)*... *op. cit.*, párr. 7-10.

Bajo estos parámetros, es posible sostener que la debilidad técnica de muchos derechos económicos, sociales y culturales en el sentido de la dificultad para exigirlos judicialmente o cuasi-judicialmente, no se debe a un defecto genético o natural de su categoría, sino que responde sobre todo a decisiones de política legislativa, pues cuando faltan sus garantías primarias (obligaciones y prohibiciones en las que consiste el derecho) y sus garantías secundarias (obligaciones que incumben a los órganos judiciales de aplicar la sanción o de declarar la anulación en presencia de actos inválidos o ilícitos que violen las garantías primarias), estamos ante una violación del deber o la obligación que tienen los poderes públicos de producir las normas necesarias para garantizar efectivamente estos derechos (*d1*), en virtud de que cuando se reconoce un derecho humano en un ordenamiento jurídico, se crea una expectativa normativa en el sentido de que el propio ordenamiento asume la obligación (imponiéndola a dichos poderes públicos) de asegurar la satisfacción de la expectativa en la que consiste ese derecho.²⁷⁸

2. Posibilidades de justiciabilidad frente a los poderes públicos y privados.

En términos generales podemos señalar que no hay razones técnicas para negar que los derechos económicos, sociales y culturales puedan ser protegidos de un modo parecido a los civiles y políticos, pues, entre otras cosas, (a) algunas formas de garantía *ex lege* permiten comprobar que estos derechos pueden realizarse a través de prestaciones gratuitas y obligatorias (educación primaria o asistencia sanitaria básica); (b) la experiencia de los últimos años nos demuestra que existen distintas

²⁷⁸ BOVERO, Michelangelo, "Derechos, deberes, garantías"... *op. cit.*, pp. 236-237. En la misma línea, "reconocer el carácter normativo y, por lo tanto, vinculante, de la subordinación de los Estados -ya no soberanos, por consiguiente- a ese embrión de constituciones mundiales que son las distintas convenciones sobre derechos humanos, quiere decir leer la desoladora ausencia de garantías que es responsable de su carencia de efectividad en el derecho internacional, como una laguna indebida, que los Estados mismos y la comunidad internacional tienen el deber de colmar, en la conciencia de que no existen alternativas al derecho como instrumento de paz y de garantías de los derechos", en FERRAJOLI, "Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho"... *op. cit.*, pp. 179-180.

maneras en que estos derechos pueden ser susceptibles de protección jurisdiccional, ya sea mediante su exigibilidad directa, es decir, cuando la conducta exigible del Estado resulta claramente determinable a partir de un reclamo individual o colectivo, y mediante su exigibilidad indirecta, que se logra a partir de la invocación de un derecho civil y político;²⁷⁹ y también, (c) estos derechos tienen el valor de principios que informan todo el ordenamiento jurídico y por tanto, pueden ser utilizados por los tribunales en la resolución de los conflictos que son puestos a su conocimiento.²⁸⁰

Aunado a ello, (d) a través de la estricta observancia del *principio de legalidad*, es posible exigir que las leyes establezcan unívocamente sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos; (e) mediante el *principio de jurisdiccionalidad*, es viable que las leyes en materia de servicios públicos - además de establecer los contenidos y presupuestos de cada derecho económico, social y cultural-, identifique los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales y permita la acción judicial; y finalmente, (f) si la existencia de estos derechos se reconociera en el marco del *principio de la igualdad*, su satisfacción sería “más completa, sencilla y eficaz desde el punto de vista jurídico, menos costosa en el plano económico, más distante de la discrecionalidad político-administrativa y, por tanto, más alejada de la selectividad y posible corrupción que ésta alimenta.”²⁸¹ En virtud de todo lo anterior, es necesario diferenciar entre las posibilidades de realización técnica y las posibilidades de realización política de los derechos económicos, sociales y culturales.

²⁷⁹ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles... op. cit.*, p. 132-249.

²⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”... *op. cit.*, pp. 50-51. Por ejemplo, Incluso, el derecho al trabajo en la constitución italiana, a pesar de ser una norma más retórica que efectiva, ha permitido que la Corte constitucional establezca que el derecho de rescisión de un contrato de trabajo por el empresario no es ilimitado y que algunas discriminaciones en los despidos son arbitrarias.

²⁸¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, pp. 917-918; FERRAJOLI, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona... *op. cit.*, pp. 110-112.

En relación con las posibilidades realización técnica, hemos tratado de demostrar que no hay ninguna imposibilidad teórica o práctica para configurar estos derechos como justiciables, pues *tomarse en serio* una Constitución o un pacto internacional que los consagra, implica justamente reclamar esa configuración.²⁸² No obstante, esta afirmación nos presenta el desafío de identificar claramente en la estructura de la relación en el derecho (*D*), quién es el titular (*a*), quién es el obligado (*b*) y cuál es el objeto del derecho (*G*); y esta relación jurídica tripartita (*DabG*), nos plantea la posibilidad de que (*a*) sea un individuo (*aI*) o un grupo de individuos (*a+*) que exigen al Estado (*bE*) o a un particular (*bP*) una acción (+)²⁸³ o una omisión (-).

Evidentemente, las relaciones $[(aI)(bE)(+)]$, $[(aI)(bE)(-)]$, $[(a+)(bE)(+)]$ y $[(a+)(bE)(-)]$, aunque establecen una serie de problemas, los mismos son superables, tal y como lo hemos tratado de desarrollar a lo largo de las páginas precedentes y que reforzaremos en el punto 4 de este capítulo; sin embargo, las relaciones $[(aI)(bP)(+)]$, $[(aI)(bP)(-)]$, $[(a+)(bP)(+)]$ y $[(a+)(bP)(-)]$ nos plantean otra serie de dificultades conceptuales ligadas con el efecto horizontal de los derechos humanos en general y de los derechos económicos, sociales y culturales en particular.

Como se sabe, la primera manifestación de los derechos económicos, sociales y culturales, y el esfuerzo por darles un sustento conceptual han estado vinculados con el trabajo asalariado (derecho laboral), y como consecuencia, otros derechos relativos a la educación, a la salud, a la vivienda, a la alimentación, etc., se han determinado “por la vía de asignarle derechos al trabajador, y en cascada, a sus familiares y dependientes”;²⁸⁴ al asistir en los últimos años a un proceso de flexibilización laboral,

²⁸² ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático... op. cit.*, p. 20.

²⁸³ ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, prólogo de Robert Alexy, Legis, Bogotá, Colombia, 1ª ed. 2005, pp. 55-56.

²⁸⁴ COURTIS, Christian, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”... *op. cit.*, p. 188.

de privatización de servicios públicos relacionados con estos derechos y en definitiva, a la abdicación del Estado de sus poderes para enfrentar y dar respuesta a ciertos problemas, necesidades e intereses fundamentales de la sociedad, dejando muchas cosas libradas a la dinámica del mercado, es evidente que se nos presenta una nueva realidad en la que aparecen en la escena de los derechos humanos algunos actores *privados*, por lo general más fuertes y poderosos que los propios Estados.

Así las cosas, es preciso preguntarse, ¿de qué forma la privatización de los servicios públicos afecta a los derechos humanos en general y a los derechos económicos, sociales y culturales en particular?; ¿cuál es el nuevo papel del Estado ante los procesos de privatización de servicios públicos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales?; ¿hasta qué punto estos actores privados se encuentran vinculados al respeto de tales derechos?

Para responder a estas preguntas, es necesario determinar el grado de protección legal de los derechos humanos en situaciones donde las amenazas a su disfrute no sólo provienen de la acción u omisión de los poderes públicos (el Estado y sus agentes), sino también de los poderes privados (actores no estatales), especialmente en el marco de la aprobación de varios tratados de libre comercio en América Latina (en adelante TLC). Por eso, en primer lugar es preciso realizar un esbozo inicial sobre algunas cuestiones relacionadas con la aplicación de las normas nacionales e internacionales de derechos humanos en la esfera privada que implica determinar el efecto que tienen en las relaciones entre particulares, lo cual nos servirá de marco y fundamento para desarrollar con mayor profundidad el punto 2 del capítulo IV relativo al papel de los órganos del Sistema Interamericano frente al impacto de los tratados comerciales en los derechos económicos, sociales y culturales, situación que *a priori* parece tener un carácter negativo.

2.1. Posibilidades de realización técnica de los derechos en el marco del nuevo escenario de los actores no estatales.

Después de la Segunda Guerra Mundial se generalizó la idea del carácter normativo de las constituciones en el sentido de que sus contenidos limitan y vinculan a todos los poderes, e irradian sus efectos sobre el resto del ordenamiento jurídico. De esta forma, las normas supremas se constituyen en derecho sobre el derecho puesto que no se limita sólo a disponer la forma de producción normativa, sino que también programa sus contenidos, vinculándolos normativamente a la tutela de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente.²⁸⁵

De allí que estos derechos sean caracterizados en su doble dimensión, (a) subjetiva, como derechos individuales oponibles al Estado, y (b) objetiva, como principios y decisiones axiológicas que se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento jurídico. Por tanto, cumplen con (a) una función objetiva que da cuenta de su papel como límites y guía de toda producción normativa, toda interpretación y toda actuación que quiera ser considerada válida; y (b) una función subjetiva que da cuenta de su papel como instrumentos garantizadores de la dignidad humana.²⁸⁶ Bajo estos parámetros, los derechos humanos rigen en la práctica como principios supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto que inciden no sólo en la relación del individuo con los poderes públicos sino que también “a la relación recíproca de los actores jurídicos particulares, limitan su autonomía privada; rigen también no sólo como normas de defensa de la libertad,

²⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, trad. de Gerardo Pisarello, et al, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1ª ed. 2000, pp. 162-168.

²⁸⁶ ASÍS ROIG, Rafael de, “Democracia, constitución y derechos” en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio, REAL ALCALÁ, J. Alberto y RUIZ R., Ramón (Eds.), *La democracia a debate*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 188. Para Peces-Barba, los derechos humanos junto con los valores y los principios constitucionales forman “la regla fundamental material para identificar las demás reglas del ordenamiento jurídico”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales... op. cit.*, p. 625 y ss.

sino, al mismo tiempo, como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado".²⁸⁷

Sobre la base de lo anterior, se puede sostener que hay un acuerdo doctrinal acerca de la existencia de algún grado de vinculación de los derechos humanos respecto de los poderes públicos y de los particulares en sus relaciones privadas; no obstante, los desacuerdos se hacen visibles en cuanto al alcance de dicha vinculación y su efecto en el principio de la autonomía de la voluntad. Frente a tales cuestiones se han manifestado fundamentalmente dos posiciones, (a) la que sostiene que los derechos humanos tienen una eficacia indirecta en las relaciones entre particulares (teoría de la eficacia mediata); y (b) la que expresa que tales derechos tienen una eficacia directa (teoría de la eficacia inmediata). Evidentemente ambas posiciones admiten que de una u otra manera los derechos humanos rigen en las relaciones entre particulares pero difieren en el cómo lo hacen y en qué medida.

En virtud de la *teoría de la eficacia mediata*, se considera que los destinatarios directos de las obligaciones derivadas de los derechos humanos son los poderes públicos, y que sólo obligan a los particulares en sus relaciones privadas de forma indirecta, "como decisiones valorativas objetivas que se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento y, en esa medida, vinculan al legislador y al juez: no son los actos de los sujetos privados, sino las normas de Derecho privado las que están directamente vinculadas" a tales derechos. Esto implica que la proyección horizontal de los derechos humanos debe realizarse a través de la mediación del legislador y, en su defecto, del juez, por lo que, a través de su dimensión objetiva, no imponen a las personas en sus relaciones con las demás, "un deber de acción o de omisión

²⁸⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", en Íd., *Escritos sobre derechos fundamentales*, prólogo de Francisco J. Batisda, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 95.

invocable en vía judicial” y se preserva de este modo la autonomía de las partes en el tráfico jurídico-privado.²⁸⁸

Con este planteamiento, los derechos humanos son concebidos como derechos públicos subjetivos y el fundamento de su existencia es la protección de la autonomía de la voluntad de las personas. Para los defensores de esta teoría, la relación entre el Estado (no titular de derechos humanos) y los particulares (titular de derechos humanos) es distinta a la que puede existir entre dos particulares (ambos titulares de derechos humanos), por lo que los mismos límites que pueden resultar apropiados para la protección de los derechos humanos de los particulares frente al Estado, no lo son en las relaciones entre aquéllos, en las que el carácter absoluto del derecho de uno, redundaría en ocasiones en el quebranto del derecho del otro; y menos aún cuando la limitación del derecho humano que proviene de un particular haya podido ser aceptada libremente por el otro. Como consecuencia, (a) el ejercicio de un derecho humano no podría justificar en ningún caso el incumplimiento de un contrato y (b) sería necesario distinguir entre las manifestaciones constitucionales y civiles de un derecho, de forma que las primeras carecerían de eficacia en las relaciones entre particulares, ya que aceptar la intervención directa de los derechos humanos en tales relaciones pondría en grave peligro la autonomía de la voluntad de las personas y, con ella, la simple viabilidad del concepto de tráfico jurídico en el ámbito privado.²⁸⁹

²⁸⁸ VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004, las citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 115 y 116.

²⁸⁹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 171-173. “Así, la Constitución puede recoger, como derechos fundamentales, derechos subjetivos que poseen una manifestación en el ordenamiento privado -como es el caso del derecho de propiedad-. En estos supuestos, se considera que la actuación de un particular únicamente puede vulnerar la correspondiente expresión civil del derecho, mas no la constitucionalmente prevista. En todo caso, la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se limitaría a aquellos supuestos previstos expresamente por la Constitución, o en los que ésta ofreciera un criterio claro sobre cuál de las posiciones enfrentadas ha de tener preferencia”.

De esta forma, la tesis de que los derechos humanos tienen un efecto en las relaciones entre particulares resultaría incompatible con el principio de la autonomía de la voluntad que habilita a las personas a regular el contenido privado de sus relaciones con otros, aunque ello implique la renuncia contractual de sus propios derechos. Detrás de esta posición se encuentra la idea de que la principal amenaza para los derechos de las personas proviene de los poderes públicos y no de los poderes privados, ya que supuestamente la protección de tales derechos frente a las injerencias estatales es mayor que frente a las injerencias de los poderes privados,²⁹⁰ lo cual, como lo veremos más adelante, debe ser al menos matizado.

En el marco de lo anteriormente expuesto, la incidencia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se encuentra mediatizada a través de un doble expediente que se apreciaría tanto en el momento constitucional, relativo a la instancia que ejerce la influencia, como en el momento jurídico-privado, referido a la norma influida. En relación con el primero, se niega la posibilidad directa de intervención de los derechos humanos en tales relaciones y únicamente los valores que se encuentran detrás de ellos, y que les sirven de base, pueden desempeñar este papel; y respecto a lo segundo, la filtración de la influencia de los derechos humanos en las normas de derecho privado se produce a través de las cláusulas generales, que se consideran los instrumentos aptos para canalizar dicha incidencia. Por tanto, sólo es posible aceptar la eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares a través de las normas del derecho civil, con lo cual se evita el choque entre las funciones constitucionales propias del juez y las que corresponden al poder legislativo, siendo este último el encargado de transponer el contenido de los derechos humanos, “o, mejor, de los valores que subyacen a ellos, a las normas del Derecho privado”.²⁹¹

²⁹⁰ VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado... op. cit.*, p.120.

²⁹¹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 174-180.

Por otra parte, en virtud de la *teoría de la eficacia inmediata* se afirma que los actos realizados por los particulares en el ejercicio de su autonomía privada están vinculados directamente a los derechos humanos, por lo que no es necesaria la mediación del legislador ni del juez para que esos derechos se desplieguen plenamente en el tráfico jurídico-privado, precisamente porque se trata de derechos proclamados por la Constitución. Es preciso matizar que para esta teoría la proyección directa de los derechos humanos no implica la aplicación inmediata, sistemática e indiscriminada de todos ellos, en cualquier circunstancia a todas las relaciones privadas, sino que se tiene que analizar cada caso concreto, sus circunstancias, y determinar si entre las partes existe una desigualdad fáctica que restrinja la libertad de una de ellas a tal punto que la parte más fuerte pueda imponer su propia voluntad. Es claro que en casos como éste, se debe aplicar directamente el derecho constitucional en cuestión.²⁹²

Por ello, para la teoría de la eficacia inmediata admitir que la influencia de las normas de derechos humanos en el sistema jurídico se limita simplemente a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, es un argumento incompleto (a) porque ignora el hecho de que a los derechos de la persona frente a los poderes públicos pertenecen, entre otros, derechos de protección frente a los otros ciudadanos y a determinados contenidos del derecho civil;²⁹³ y (b) supone una visión parcial de la evolución del concepto de derecho público subjetivo al prescindir de las importantes

²⁹² VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado... op. cit.*, p. 179-191. “En efecto, si las partes se encuentran en una relación asimétrica, existirá un mayor riesgo de que la renuncia al ejercicio de un derecho por parte de uno de los sujetos esté condicionada por el mayor poder del otro y que, por tanto, no sea expresión de la libre voluntad de la parte más débil. En estos supuestos”.

²⁹³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 506-507. “Esta influencia es especialmente clara en el caso de los derechos frente a la justicia civil. Entre los derechos frente a la justicia civil se encuentran derechos a que sus fallos no lesionen con su contenido derechos fundamentales. Esto implica un efecto, cualquiera que sea su construcción, de las normas iusfundamentales en las normas del derecho civil y, con ello, en la relación ciudadano/ciudadano”; para un análisis ampliado sobre la horizontalidad de los derechos humanos, véase, pp. 506-524.

diferencias entre la organización jurídica actual “y aquella propia del momento en que surgió la elaboración doctrinal de dichos derechos públicos subjetivos”.²⁹⁴

Como ya hemos visto, para la teoría de la eficacia mediata, el principio de autonomía privada ocupa un lugar privilegiado en cuanto reconoce la libertad de las personas para regular el contenido de sus relaciones interpersonales, por lo que cualquier irradiación directa de los derechos humanos sería incompatible con éste; no obstante, tal incompatibilidad sólo se manifiesta si concebimos el principio de autonomía de forma absoluta en su concepción clásica, y no como se entiende hoy, condicionado por los principios de justicia y de utilidad, y por tanto limitando el alcance de la voluntad de las partes justamente para garantizar que su consentimiento sea la auténtica expresión de la autonomía individual.²⁹⁵

Esta concepción clásica de la autonomía de la voluntad presuponía una situación formal y ficticia de igualdad y libertad de los intervinientes en las relaciones privadas que no se correspondía con la realidad, y que conducía, de hecho, a una limitación de la libertad de los más débiles; sin embargo, en la actualidad esta concepción ha sido sustituida por la supremacía de la dignidad humana como base y sentido final de todo el ordenamiento jurídico. Por tanto, los derechos humanos como expresión moral y normativa de esa dignidad, se constituyen en el núcleo material en torno al cual deben desarrollarse todas las relaciones jurídicas, incluidas las realizadas entre particulares.²⁹⁶

Aunado a lo anterior, si también tomamos en cuenta que la realidad social contemporánea nos muestra que los poderes públicos ya no son la única instancia

²⁹⁴ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales... op. cit.*, p. 193.

²⁹⁵ VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado... op. cit.*, p.111. Sobre la concepción clásica del principio de la autonomía de la voluntad y su configuración actual, véase pp. 33-107.

²⁹⁶ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 194-195.

capaz de lesionar los derechos humanos, sino que han surgido nuevos centros de poder privado con capacidad para transgredirlos, entonces es imperativo adaptar la función de los derechos humanos a las nuevas circunstancias en el sentido de que en su doble faceta de derechos subjetivos y normas objetivas del ordenamiento, vinculen de forma inmediata tanto a los poderes públicos como a los poderes privados.

Por tanto, si en la actualidad es generalmente aceptado que las normas de derechos humanos tienen un efecto horizontal en todas las relaciones jurídicas - cuestión que comparten las dos teorías que hemos analizado brevemente-, entonces lo que realmente está en discusión es cómo y en qué medida ejercen tal influencia en las relaciones entre particulares. En cuanto al *cómo*, se considera que se trata de un *problema de construcción*, mientras que en relación con *en qué medida*, se considera que se trata de un *problema de colisión*. Ambos problemas resultan de una distinción elemental en las relaciones entre los sujetos implicados, dado que en la relación Estado/ciudadano, el primero es un no-titular de un derecho humano, y el segundo es un titular de un derecho humano, mientras que en la relación ciudadano/ciudadano, ambos sujetos son titulares de derechos humanos. Se pueden distinguir tres teorías de la construcción, (a) la del efecto mediato a terceros; (b) la del efecto inmediato; y (c) la del efecto producido a través de derechos frente al Estado. Baste decir que todas tienen alcances diferentes, pues mientras la primera y la segunda apuntan al juez, la tercera abarca tanto al legislador como al juez. Estas tres teorías, al aceptar que los sujetos (ciudadano/ciudadano) son titulares de derechos humanos, admiten gradaciones en su eficacia y consideran la medida del efecto como una cuestión de ponderación.²⁹⁷

²⁹⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...* op. cit., pp. 511-514.

También es importante señalar que el considerar cada teoría por separado como si fuera la correcta, en exclusión de las otras, las hace a todas inadecuadas ya que cada una de ellas acentúa correctamente algunos de los aspectos de las relaciones horizontales. Ante ello, es necesario esbozar los rasgos esenciales que abarquen todos los aspectos para obtener una solución completa. Por eso, se propone un modelo que se divida en tres niveles: (a) el de los deberes del Estado; (b) el de los derechos frente al Estado; y (c) el de las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado. Gracias a estos tres niveles, el efecto en terceros es siempre *inmediato*, entendido no como si sólo existiera el *nivel del efecto inmediato en terceros* en sentido estricto, sino, teniendo en cuenta la existencia de los tres niveles, cada uno de los cuales referido a un aspecto específico. En este sentido, la elección del nivel pertinente en cada caso en la respectiva fundamentación jurídica, será una cuestión de funcionalidad pero sin que ello implique primacía de ninguno de ellos sobre el resto.²⁹⁸ A esta forma de concebir la eficacia de los derechos humanos se le puede llamar la *teoría integradora* de estos derechos en las relaciones entre particulares, ya que realiza una aplicación conjunta, y no excluyente, tanto de la teoría de la eficacia mediata como de la teoría de la eficacia inmediata.²⁹⁹

De cualquier forma, es preciso resaltar que la cuestión sobre la *Drittwirkung* se sitúa dentro de un análisis más general acerca de la influencia de la constitución en las leyes inferiores y sobre la concepción de los derechos humanos como principios básicos del orden constitucional que les permite tener una eficacia irradiadora sobre el resto del ordenamiento jurídico. Por tal razón, se puede sostener que la denominada eficacia de los derechos humanos frente a terceros “es el hijo legítimo del efecto de irradiación, en el fondo nada más que un intento de elaborarla dogmáticamente. La disputa vehementemente mantenida durante largo tiempo sobre

²⁹⁸ *Ibíd.*, pp. 515-524.

²⁹⁹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales... op. cit.*, p. 242.

la eficacia-sólo indirecta o también directa-frente a terceros resultó ser, bien mirado, un problema secundario, si no marginal.”³⁰⁰

Teniendo presente todo lo anteriormente expuesto, podemos analizar lo que al respecto sucede en el ámbito del derecho internacional, cuya configuración histórica privilegió a los Estados como únicos sujetos del mismo; sin embargo, a través del proceso de socialización a lo largo del siglo XX, las personas han podido lograr el reconocimiento de una cierta subjetividad internacional.³⁰¹ En este sentido, se pueden mostrar datos que confirman que los derechos previstos en los tratados de derechos humanos tienen una cierta eficacia entre los particulares, ya que algunas de sus normas también están dirigidas a los individuos, como sucede con el caso evidente del derecho penal internacional; por tanto, la idea abstracta de que las normas nacionales e internacionales de derechos humanos no puedan invocarse en las relaciones privadas puede ser catalogada de “exagerada y errónea”.³⁰²

Sólo por poner un par de ejemplos me permito destacar algunas de estas normas internacionales que establecen derechos humanos cuyo sujeto pasivo es un particular y por ende, que demuestran su eficacia directa en las relaciones privadas; tal es el caso del artículo 7 del PIDESC que establece que los derechos laborales reconocidos en el mismo no se refieren solamente a los casos en que el Estado es el empleador, sino principalmente a los casos en los que el empleador es un sujeto privado. Por su parte, la Convención Americana estipula en su artículo 14.1 el derecho de rectificación o respuesta cuando una persona haya sido “afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de

³⁰⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”... *op. cit.*, p. 112.

³⁰¹ PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público*... *op. cit.*, pp. 185.

³⁰² COURTIS, Christian, *Derechos sociales ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, p. 50. Para un análisis más detallado sobre la eficacia de los derechos humanos en el ámbito del derecho internacional, véase pp. 53-78.

difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general”, ante lo cual, “tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”; evidentemente, esta norma está destinada directamente a un particular; la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la CDN) establece numerosas cláusulas que contienen obligaciones dirigidas a los particulares, como por ejemplo, la obligación de los padres frente a sus hijos menores; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (en adelante la CEDAW) establece prohibiciones y obligaciones dirigidas tanto al Estado como a los particulares.

En este orden de ideas, el CDESC ha señalado que el artículo 22 del PIDESC tiene efectividad no sólo para los Estados Partes, sino también para diversos órganos internacionales como el Banco Mundial (en adelante el BM) y el Fondo Monetario Internacional (en adelante el FMI), quienes además, deben prestar mayor atención a la protección del derecho a la alimentación en sus políticas crediticias y de reajustes relacionados con la deuda externa para que “la meta de la protección de los derechos de los pobres y las capas vulnerables de la población llegue a ser un objetivo básico del ajuste económico”.³⁰³

En el ámbito regional americano, la Corte IDH ha sostenido que

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y,

³⁰³ CDESC, *Observación General N° 2* (1990). *Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto)*, párr. 2 y 9; Íd., *Observación General N° 12* (1999). *El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*, párr. 41.

particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.³⁰⁴

Ello implica que en el plano operativo, las obligaciones *erga omnes* que se derivan de un tratado como la Convención Americana o el Protocolo de San Salvador tienen una especial importancia, ante la actual diversificación de las fuentes de violaciones de los derechos consagrados en los instrumentos interamericanos, “que requiere el claro reconocimiento de los efectos de las obligaciones convencionales *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*), inclusive particulares”.³⁰⁵

Sobre la base de lo anterior, se puede sostener que no sólo el Estado está obligado a respetar los derechos humanos, sino también los particulares en su relación con otros particulares. “El ámbito de la autonomía de la voluntad, que predomina en el derecho privado, no puede ser un obstáculo para que se diluya la eficacia vinculante *erga omnes* de los derechos humanos”, ya que los destinatarios de tales derechos “además del Estado (ámbito público) son también los terceros (ámbito privado), que los pueden violar en el campo de las relaciones particulares”.³⁰⁶

Por tanto, tomando en consideración que una vez que estos tratados internacionales son ratificados por los Estados y pasan a formar parte de su derecho interno, tanto sus disposiciones como la jurisprudencia de los órganos encargados de

³⁰⁴ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, 17 de septiembre de 2003, párr. 140; véase a su vez, párr. 110, 133, 151 y 152; Íd., *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de 04 de julio de 2006, párr. 86-90 y 141-146. Sobre un análisis interesante sobre la doctrina de la *Drittwirkung* en la jurisprudencia de la Corte IDH, véase, MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung* Der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Teoría y Realidad Constitucional* nº 20, UNED, Editores: Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, pp. 583-608.

³⁰⁵ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes... op. cit.*, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 83.

³⁰⁶ *Ibíd.*, voto concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes, las citas textuales corresponden, en su orden, a los párr. 18 y 19.

su vigilancia, nos evidencian que los derechos humanos también tienen un efecto horizontal y como tal, tanto en su faceta subjetiva como objetiva, “constituyen el fundamento del entero ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador”,³⁰⁷ por lo que son oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares.

Evidentemente, en el caso de estos tratados el Estado es el responsable final de cara a la vigencia de los derechos humanos dentro de su jurisdicción, ya que debe *respetar* los derechos protegidos por el instrumento internacional en cuestión y *garantizar* su pleno ejercicio mediante la adopción de todas las medidas necesarias para asegurarlos; y en todo caso, el Estado está en la obligación de proteger a las personas no sólo de los actos ilícitos de sus agentes, sino también de los particulares mediante la prevención, la investigación y sanción de las violaciones a los derechos humanos, y la reparación de los daños producidos. En este sentido, aunque inicialmente una violación a estos derechos no sea imputable al Estado por tratarse de la acción de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o tratarla en los términos requeridos por un tratado internacional de derechos humanos, es lo que hace surgir la responsabilidad estatal.³⁰⁸

2.2. Posibilidades de realización política.

La satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales no sólo se enfrenta a la discriminación estatal en la asignación de los recursos disponibles y a la marginación en su desarrollo legislativo, doctrinal y jurisprudencial, sino también a la lógica mercantil del paradigma neoliberal que se sostiene sobre un modelo de relaciones internacionales desiguales, especialmente en materia comercial, cuyo

³⁰⁷ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales... op. cit.*, p. 215.

³⁰⁸ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras... op. cit.*, párr. 166-177.

sistema está diseñado para garantizar a las grandes empresas y a los países más ricos actuar con total libertad y sin ningún tipo de obstáculo ético o jurídico.³⁰⁹ En este sentido, existen grandes intereses creados por una economía mundializada en donde el blanqueo de dinero, el narcotráfico, la especulación financiera, la corrupción, el desempleo y el dominio casi absoluto de las empresas transnacionales “que imponen condiciones leoninas de trabajo en todo el mundo”, están a la orden del día y se constituyen en graves obstáculos para la adopción de soluciones efectivas “a problemas de alcance planetario como son el tráfico de drogas, el trasiego de armas y mercenarios, los gastos militares excesivos, o las desigualdades económicas que fracturan el mundo entre un Norte rico, exclusivo, y un Sur injustamente desheredado en el reparto de las riquezas mundiales”.³¹⁰

Por ello, la actual dimensión utópica de los derechos económicos, sociales y culturales es de la misma dimensión que la utopía de los derechos civiles y políticos en los siglos XVII y XVIII, y así como éstos sólo lograron implementarse con profundos cambios estructurales, institucionales y culturales, de igual forma los derechos económicos, sociales y culturales sólo podrán realizarse plenamente si también se producen tales transformaciones tanto en el ámbito interno de cada Estado como en el plano internacional mediante la ejecución de acciones conjuntas por parte de los Estados.³¹¹

³⁰⁹ “La Unión Europea y Estados Unidos no quieren un comercio con igualdad de oportunidades con el resto del mundo. Juegan con ventaja porque utilizan dinero público para subvencionar a sus agricultores [...] para abrir sus mercados industriales a los productos de los pobres de la tierra, intentaron llegar a un acuerdo [en el marco de las negociaciones de la Organización Mundial del Comercio] por el cual los países desesperadamente hambrientos hubiesen tenido que rebajar sus aranceles casi dos veces más que los ricos. Se les pedía que pusieran en peligro sus empleos y su industrialización a cambio de que los países ricos reformaran sus políticas agrícolas ilegales, reformas que habían prometido llevar a cabo hace años”, en BELTRÁN, Esteban, *Derechos torcidos. Tópicos, medias verdades y mentiras sobre pobreza, política y derechos humanos*, Debate, Barcelona, febrero de 2009, p. 177.

³¹⁰ VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho Internacional... op. cit.*, ambas citas textuales corresponden a la p. 37.

³¹¹ BARTOLOMÉ RUÍZ, Castor M. M., *El Movimiento de los Sin Tierra en Brasil... op. cit.*, p. 40.

Ello implica que si la comunidad internacional pretende *tomar en serio* los derechos humanos en general, y los derechos económicos, sociales y culturales en particular, debe ponerlos en el centro de sus preocupaciones y decisiones a adoptar para elaborar un código mundial de conducta que regule las acciones de las empresas multinacionales, “reducir la inseguridad financiera internacional, proteger a la gente en los períodos de crisis, reducir las diferencias sociales y económicas a escala mundial, reducir la deuda de los países más pobres, promover el comercio en condiciones equitativas, reducir las diferencias tecnológicas y fortalecer la posición de los países pobres en las estructuras de gobierno mundial”,³¹² entre otras cosas, no sólo en el ámbito de la ONU y las organizaciones regionales como la OEA, sino también en instituciones como el BM y el FMI, cuyos préstamos concedidos en condiciones draconianas, desvirtúan su misión original –para la reconstrucción y el desarrollo- y “benefician mucho más a los prestamistas que a los prestatarios. En lugar de desarrollarse se van empobreciendo países potencialmente ricos, explotados por la colonización tecnológica y el conocimiento, por los más prósperos”.³¹³

Evidentemente, tal como están organizadas internamente estas dos instituciones se parece más a una sociedad anónima donde cada Estado-accionista tiene votos conforme a sus cotizaciones; así los 9 Estados que mayor cuota aportan poseen una capacidad de voto superior a la de los 174 restantes. Por citar sólo un caso comparativo en relación con las votaciones en el seno del FMI, India tiene una población que acaba de superar los mil millones pero su poder de votos es apenas de 1,96%, mientras que la población de Holanda no llega a los dieciséis millones pero su cuota de voto es del 2,43 %. Este ejemplo nos muestra que cuando el BM o el FMI, con su modelo anti-democrático de toma de decisiones, entran en el sistema político

³¹² VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho Internacional... op. cit.*, p. 49.

³¹³ MAYOR ZARAGOZA, Federico, “Prólogo”, en MARTÍNEZ OSÉS, Pablo J., *Objetivos del Milenio... op. cit.*, p. 11.

internacional sin reglas democráticas, éste pierde en grado de democracia, y es viable que con el poder político que tienen, un Estado como los Estados Unidos de América con el 17,49 % de cuota de votos, no le resultaría difícil imponer una medida económica para su beneficio, aunque ello implique graves desventajas para otro Estado como Honduras que apenas alcanza el 0,06 % de cuota de voto, las cuales podrían tener impactos negativos sobre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales de su población.³¹⁴

Por tales razones, para reducir la pobreza y asegurar la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales en el mundo mediante una estrategia basada en los Objetivos de Desarrollo del Milenio es necesario, sobre todo, cambiar la forma en que se toman las decisiones en las grandes instituciones financieras y comerciales como el BM, el FMI y la Organización Mundial del Comercio (en adelante la OMC), y las actuales normas del comercio internacional por otras que permitan un comercio justo, que implique, entre otras medidas, la eliminación de aranceles a la exportación; condonar la deuda externa a los países más pobres; aumentar la inversión pública en pensiones, sanidad, familia, educación, infancia, etc.; y cumplir responsablemente con la ayuda al desarrollo del 0,7% del PIB de los países más ricos.³¹⁵

También sería necesario incluir seis importantes elementos en las políticas públicas nacionales e internacionales, tales como, (a) procurar el crecimiento económico en beneficio de los pobres, con una modalidad que favorezca a los que se encuentran sumidos en la pobreza, tanto desde el punto de vista humano como del ingreso; (b) reestructurar los presupuestos para destinar gastos adecuados y no

³¹⁴ SICHAR, Gonzalo, "Desarrollo, Paz y Democracia", en *Íd.*, (Coord.), *Semilla Democrática. Experiencias de Democracia Participativa en América Latina*, CIDEAL-Fundación CIDEAL, Madrid, 1ª ed. 2002, p. 23.

³¹⁵ Proyecto del Milenio de las Naciones Unidas, *Invirtiendo en el desarrollo. Un plan práctico para conseguir los Objetivos del Milenio*, PNUD, Nueva York, 2005, pp. 230 y ss.

discriminatorios a las cuestiones humanas fundamentales, especialmente en la prestación de servicios básicos, realizando un examen de prioridades y eliminando la discriminación contra los más desfavorecidos; (c) garantizar la participación, en el sentido de consultar a los más pobres acerca de las decisiones que afectan su vida; (d) proteger los recursos ambientales y el capital social de las comunidades pobres, ya que, el medio natural y las redes sociales son recursos de los pobres para ganarse la vida y salir de la pobreza; (e) eliminar la discriminación contra la mujer y los grupos minoritarios mediante profundas reformas sociales; y (f) garantizar los derechos humanos en la legislación, estableciendo claramente los obligados y los recursos legales disponibles para exigir el cumplimiento de los derechos, los cuales deben reflejarse en las políticas económicas, culturales, educativas y sociales del Estado en cuestión.³¹⁶

Sobre la base de lo anterior se puede concluir que existen posibilidades reales para acabar con la pobreza en el mundo, asegurar la efectividad de los derechos humanos en general, y en definitiva, para garantizar la realización del derecho al desarrollo; bastaría con que la paz vaya acompañada del desarme general y completo tanto en el ámbito nacional como internacional, pues de este modo, una buena parte de los 798 billones de dólares que el mundo se gasta anualmente en armamento se podría dedicar a la realización de dicho derecho que unifica e integra el conjunto de derechos humanos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales.³¹⁷

Evidentemente, todas estas medidas requieren una sólida voluntad política, especialmente de los Estados más poderosos del planeta, que de llegarse a concretar, se garantizaría la dignidad de la población mundial y se erradicaría “la vergüenza

³¹⁶ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2000... op. cit.*, p. 78

³¹⁷ ANGULO SÁNCHEZ, Nicolás, *El derecho humano al desarrollo... op. cit.*, pp. 99-118.

colectiva de la pobreza y la subsistencia en condiciones indignas”,³¹⁸ y se haría realidad el comportamiento fraterno que la condición de hombres y mujeres “libres e iguales en dignidad y derechos” establecido en el artículo 1 de la Declaración Universal, reclama de la comunidad internacional, quien no puede escudarse en la escasez de recursos, dado que, como ya lo hemos señalado, la enorme expansión de la producción de energía que ha tenido lugar durante los últimos siglos ha hecho que quizás por primera vez sea posible garantizar una alimentación adecuada para todos y unas condiciones materiales que permitan a la gente vivir dignamente, razón por la cual, la persistencia del hambre crónica y de la muerte por enfermedades prevenibles debe considerarse como moralmente escandalosa y políticamente inaceptable.³¹⁹

Obviamente, todas las medidas mencionadas deben realizarse en el marco de la articulación del papel del Estado con el funcionamiento eficiente de otras instituciones económicas y sociales como el comercio, los mercados, los partidos políticos, las organizaciones de la sociedad civil y “las instituciones que sostienen y facilitan el debate público documentado, incluidos unos medios de comunicación eficaces”.³²⁰ Y al menos en una etapa inicial, concentrar los esfuerzos en la mejora de la educación básica y de la asistencia sanitaria, derechos que no sólo aumentan la calidad de vida de las personas directamente sino también la capacidad personal para obtener los medios necesarios para salir de la pobreza y vivir dignamente.³²¹

Por todo ello, podemos afirmar que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales no solamente implica una lucha por la elaboración

³¹⁸ MAYOR ZARAGOZA, Federico, “Prólogo”... *op. cit.*, p. 16.

³¹⁹ DRÈZE, Jean and SEN, Amartya, *Hunger and public action*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 3-4.

³²⁰ SEN, Amartya, “Las hambrunas y otras crisis”, en *Íd.*, *Desarrollo y libertad...* *op. cit.*, p. 201.

³²¹ SEN, Amartya, “La pobreza como privación de capacidades”, en *Ibíd.*, p. 118. En un sentido similar, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo señala que “[l]os derechos a la salud y a la educación son considerados componentes básicos de la ciudadanía social. A su vez, la falta de empleo, la pobreza y la desigualdad han sido ampliamente reconocidas como aspectos que obstaculizan la integración de los individuos en la sociedad”, en Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *La democracia en América Latina...* *op. cit.*, p. 118.

de garantías jurídicas, sino también una lucha política por crear las condiciones necesarias para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad, pues independientemente de los problemas para su satisfacción, lo que no puede permitirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista que identifica lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer.³²² En este sentido, es pertinente la noción de efectividad de los derechos humanos en general, ya que ésta exige que los mismos no sólo sean reconocidos en las normas nacionales e internacionales, sino que también sean protegidos, promovidos y aplicados más allá del simple formalismo jurídico y de su carácter abstracto. Y para ello se requiere que los Estados no sólo aseguren que un derecho sea justiciable, sino que también pongan a disposición de los individuos, especialmente los más vulnerables, “toda una serie de medios y recursos complementarios que refuercen las garantías y aumenten el grado de efectividad de todos los derechos humanos para todos”,³²³ tal como lo señala el artículo 2.1 del PIDESC y los artículos 1 y 2 del Protocolo de San Salvador.

De allí que el problema de la no justiciabilidad de un derecho -sea civil, político, económico, social o cultural-, no se refiere solamente a su validez sino también a su aplicabilidad,³²⁴ por lo que es urgente y necesario que los académicos, activistas, abogados litigantes, políticos, economistas y sociólogos promuevan el fortalecimiento y el desarrollo de la ciencia jurídica (a) en su papel crítico para denunciar las lagunas y las antinomias que encontramos en los ordenamientos jurídicos -internos e internacionales-, y (b) en su papel normativo respecto de la

³²² FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”... *op. cit.*, p. 52; Íd., *Derecho y razón... op. cit.*, p. 908.

³²³ ANGULO SÁNCHEZ, Nicolás, *El derecho humano al desarrollo... op. cit.* Las citas textuales corresponden, en su orden, a las páginas 89-90 y 91.

³²⁴ SCHEININ, Martin, “Economic and social rights as legal rights”, in ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina and ROSAS, Allan (Eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook... op. cit.*, p. 29.

legislación y la jurisdicción a las que la misma impone cubrir las lagunas y reparar las antinomias.³²⁵

Es preciso insistir que la falta de efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales no responde a una especie de defecto genético, inherente a su naturaleza, sino a que los poderes públicos no cumplen con la obligación de elaborar sus debidas garantías -primarias o secundarias-, obligación que les es impuesta desde el momento en que son reconocidos en una Constitución o en un tratado internacional. Si el Estado cumpliera con esta obligación, no habría inconveniente en admitir que el derecho a la salud, por ejemplo, puede ser objeto de control judicial o cuasi-judicial (garantía secundaria), si, en el ámbito interno, el parlamento adoptara una ley en materia sanitaria que especifique los sujetos obligados y el contenido de la expectativa que genera ese derecho (garantía primaria), o si los Estados se comportaran de tal forma que fuera obvio deducir que le reconocen fuerza vinculante a las definiciones, delimitaciones y alcance de las obligaciones estatales, hechas por la OMS o por la OPS.³²⁶ Igualmente es posible que ante una laguna en el ordenamiento jurídico, un tribunal pueda determinar el contenido preciso y el sujeto obligado a satisfacer un derecho económico, social y cultural mediante su actividad

³²⁵ FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales"... *op. cit.*, p. 50. "[L]as lagunas de garantía, o su imperfección y más aún su violación, en lugar de encontrar en la teoría un instrumento de análisis crítico, acaban siendo ignoradas y, en la práctica, de forma 'realista', avaladas", en FERRAJOLI, Luigi, "De los derechos del ciudadano a los de la persona"... *op. cit.*, p. 109.

³²⁶ También es factible, por ejemplo, que constitucionalmente se establezcan cuotas presupuestarias mínimas asignadas a la educación o a la salud, tal como lo estipula la Constitución de Costa Rica que sanciona que la inversión pública en educación no puede ser inferior del 6% anual del PIB (art. 78); o la Constitución de Ecuador que ordena que en el presupuesto general se asigne no menos del 30% de los ingresos corrientes totales para la educación y la erradicación del analfabetismo (art. 71). Evidentemente, todo esto haría posible el control de constitucionalidad de las leyes y de las políticas públicas en materia de financiación social, y permitiría a una persona o grupos de personas, exigir judicialmente el cumplimiento de los postulados constitucionales y convencionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Tal como lo señala Alexy, "[l]a fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. [...] Todos los derechos fundamentales [...] afectan a veces su competencia presupuestaria", en ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...* *op. cit.*, p. 495.

jurisprudencial, lo que sin embargo, nos exigiría afrontar las objeciones sobre la falta de legitimidad democrática de la jurisdicción, asunto que analizaremos más adelante.

En línea con lo anterior, la adopción del Protocolo Facultativo al PIDESC por parte de la Asamblea General de la ONU en diciembre de 2008 es un claro ejemplo de que cuando hay voluntad política es posible dotar a los derechos económicos, sociales y culturales de las mismas garantías que las de los derechos civiles y políticos. La idea de adoptar un Protocolo Facultativo ha estado presente en la agenda de la comunidad internacional desde la década de los años 90 cuando el CDESC, con el apoyo de organizaciones de la sociedad civil y pese a la oposición de ciertos Estados, venía dedicando mayor atención a la posibilidad de elaborar dicho instrumento sobre la base de la interdependencia e indivisibilidad de los todos los derechos humanos. Tal como se sostuvo en sus sesiones 6ª (1991) y 7ª (1992), un Protocolo Facultativo (a) posibilitaría exigir a los Estados la adopción de medidas concretas para la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales; (b) fortalecería la responsabilidad estatal en el ámbito internacional; (c) daría mayor precisión a la tesis de la indivisibilidad de los derechos humanos; (d) propiciaría la formación de una especie de jurisprudencia en la materia; y (e) fortalecería un sistema eficaz de investigaciones.³²⁷

En 1996 el CDESC finalizó la redacción de un proyecto de Protocolo Facultativo, cuyo borrador fue presentado a la antigua Comisión de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) en 1997, quien a su vez solicitó al Secretario General de la ONU distribuirlo entre los Estados y las organizaciones gubernamentales y ONG's para que transmitieran sus comentarios al respecto. Aunque fueron pocos los Estados que lo hicieron, la gran mayoría se mostró

³²⁷ CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos... op. cit.*, pp. 115-116.

favorable a adoptar el Protocolo; pese a estos primeros pasos, los avances para adoptarlo fueron muy lentos. Fue hasta el año 2001 que la Comisión decidió nombrar a un experto independiente para examinar la cuestión del Protocolo, quien en el año 2002 presentó su primer informe en el 58° período de sesiones de la Comisión, avalando la necesidad de adoptar dicho protocolo. En ese mismo período la Comisión renovó el mandato del experto independiente y le solicitó investigar más a profundidad (a) la cuestión sobre el alcance y la naturaleza de las obligaciones estatales en virtud del PIDESC; (b) las cuestiones conceptuales sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, con particular referencia a la experiencia adquirida en los últimos años en la aplicación de los instrumentos y mecanismos de derechos humanos universales, regionales y nacionales; y (c) la cuestión de los beneficios y la viabilidad de un mecanismo de examen de quejas o peticiones individuales.³²⁸

El experto independiente recomendó a la Comisión que estableciera un Grupo de Trabajo con el objetivo de estudiar las opciones relativas a la elaboración del protocolo, creándose así en el 2002 el Grupo de Trabajo de Composición Abierta del Protocolo Facultativo (en adelante el GTCAPF), cuyo mandato fue renovado en el 2004 por un período de dos años. Finalmente, en junio de 2006, durante la primera sesión del actual Consejo de Derechos Humanos de la ONU (en adelante el Consejo),³²⁹ se le extendió nuevamente su mandato por otro período de dos años, con el objetivo final de elaborar un Protocolo Facultativo que sería utilizado como base para las futuras negociaciones.³³⁰ Por mandato del Consejo, la Presidenta-Relatora del GTCAPF, Catarina de Albuquerque, preparó un primer proyecto de protocolo cuyo

³²⁸ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/30.

³²⁹ Mediante la Resolución 60/251 se estableció el Consejo de Derechos Humanos en sustitución de la Comisión de Derechos Humanos, como órgano subsidiario de la Asamblea General de la ONU.

³³⁰ Véase Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/24 y Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2004/29.

examen y primera lectura completó el GTCAPF en su 4° período de sesiones, celebrado del 16 al 27 de julio de 2007, y en donde se lograron avances importantes. Con las propuestas de enmiendas que surgieron en ese período de sesiones, la Presidenta-Relatora preparó una versión revisada que luego fue considerada por el GTCAPF en la primera y segunda parte de su 5° período de sesiones, celebrado del 04 al 08 de febrero y desde el 31 de marzo al 04 de abril de 2008, respectivamente, en donde finalmente se aprobó un texto de protocolo, se acordó por consenso entregarlo al Consejo, quien unánimemente lo adoptó el 18 de junio de 2008 y decidió enviarlo a la Asamblea General. El Tercer Comité de la Asamblea General lo adoptó por consenso el 18 de noviembre de 2008 y el 10 de diciembre del mismo año fue finalmente adoptado en sesión plenaria de dicha asamblea.

En términos generales, el Protocolo Facultativo establece que (a) el CDESC es competente *ratione personae* para examinar las comunicaciones individuales presentadas por una persona o grupos de personas que estén bajo la jurisdicción de un Estado Parte (art. 2) y por cualquier Estado Parte que considere que otro no está cumpliendo con sus obligaciones derivadas del PIDESC (art. 10); (b) el CDESC es competente *ratione materiae* para recibir denuncias sobre violaciones de cualquiera de los derechos contenidos en el PIDESC (art. 2); (c) el CDESC es competente *ratione loci* para examinar comunicaciones relativas a violaciones cometidas dentro de la jurisdicción de un Estado Parte (art. 2); y (d) el CDESC es competente *ratione temporis* para conocer sobre hechos constitutivos de violación a los derechos reconocidos, que se hayan cometido en la fecha en que el PIDESC ya se encontraba en vigor para el Estado Parte denunciado, o que tales hechos continuaran después de esa fecha (art. 3.b).

Para que el CDESC pueda admitir una comunicación, los peticionarios deben agotar previamente todos los recursos internos, a menos que la aplicación de tales

recursos sea irrazonablemente prolongada; el CDESC puede declarar inadmisibles una comunicación cuando (a) no sea presentada dentro de un año después de haberse agotado los recursos internos, excepto en los casos cuando el peticionario pueda demostrar que no ha sido posible hacerlo dentro de ese tiempo límite; (b) cuando los hechos denunciados ocurran antes de la entrada en vigor del protocolo para el Estado Parte; (c) los hechos denunciados hayan sido o estén siendo conocidos por otro procedimiento internacional; (d) la denuncia sea incompatible con las provisiones del PIDESC; (e) sea manifiestamente infundada o no esté suficientemente justificada, o esté basada exclusivamente en información difundida por los medios de comunicación; (f) exista abuso del derecho en la presentación de una comunicación; o (g) cuando sea anónima o no sea presentada por escrito.

En esa misma línea, el CDESC puede declinar conocer una comunicación cuando no establezca que la supuesta víctima haya sufrido una “desventaja clara”, a menos que estime que se plantea una cuestión grave de importancia general (art. 4). También puede transmitir al Estado Parte involucrado para su examen urgente, la petición de que adopte las medidas cautelares necesarias para evitar probables daños irreparables a las víctimas (art. 5). Cuando el CDESC considere que una comunicación es admisible, de manera confidencial, le remitirá al Estado Parte denunciado las partes pertinentes para que en un plazo de seis meses, presente sus explicaciones o declaraciones por escrito, incluyendo también las medidas correctivas que haya adoptado (art. 6). Durante el proceso de determinación de la existencia o no de una violación de uno de los derechos protegidos, el CDESC puede poner sus buenos oficios a disposición de las partes para que lleguen a una solución amistosa. Si se lograra un acuerdo, el examen de la comunicación quedaría cerrado, sin que ello implique una decisión sobre si un derecho ha sido violado y no excluye que se presente una nueva queja si la solución amistosa no fuera efectiva (art. 7).

El CDESC examinará las comunicaciones en sesiones privadas a la luz de toda la documentación que le presenten, así como de la que emana de otros órganos y agencias de la ONU, y de otras organizaciones internacionales, incluidas las de los sistemas regionales; toda esta información será comunicada a las Partes interesadas (art. 8). Tras examinar una comunicación, el CDESC transmitirá a las partes sus opiniones sobre la misma, conjuntamente con las recomendaciones respectivas. El Estado Parte dará la debida consideración a lo señalado por el CDESC y le presentará dentro del término de seis meses una respuesta sobre todas las medidas adoptadas a la luz de las recomendaciones hechas por el CDESC; éste podrá invitar al Estado Parte a presentar información adicional al respecto en los informes posteriores en virtud de los artículos 16 y 17 del PIDESC (arts. 9 y 12).

Es importante señalar que el protocolo permite que cuando el CDESC reciba información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por parte de un Estado Parte, invitará a ese Estado a cooperar en el examen de la información y a presentar sus observaciones al respecto. El CDESC podrá facultar a uno o más de sus miembros para realizar una investigación confidencial sobre tales hechos, la cual podrá incluir justificadamente una visita *in situ* y con el consentimiento del Estado denunciado. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el CDESC las transmitirá al Estado Parte interesado junto con las recomendaciones oportunas, y éste presentará sus observaciones al CDESC dentro de los seis meses siguientes a la recepción de dichas recomendaciones. Finalmente, el CDESC podrá incluir, además de todas sus actividades en virtud del protocolo, un resumen de los resultados del procedimiento en su informe anual previsto en el artículo 15 del PIDESC (arts. 11 y 15).

La adopción del Protocolo Facultativo al PIDESC representa un logro importante en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el

sentido de que permitirá (a) fortalecer la vigencia y protección internacional de estos derechos mediante el acceso de individuos y grupos a recursos cuasi-judiciales; (b) contribuir a fortalecer la concepción de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos plenamente exigibles en sede judicial o cuasi-judicial; (c) reafirmar el principio de universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia de todos los derechos humanos; (d) incrementar la conciencia ciudadana sobre estos derechos y una auditoría social más efectiva sobre las obligaciones estatales en la materia; y (e) avanzar notablemente en identificar y aclarar las obligaciones estatales derivadas del PIDESC. En definitiva, con la adopción de este instrumento en el ámbito de la ONU se demuestra que las objeciones en contra de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser superadas.

Para finalizar, es preciso señalar que no se puede ignorar que la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales enfrenta serios obstáculos de muchas clases, pero superarlos es una cuestión que concierne a la democracia y al Estado de derecho, ya que sin ellos, se experimenta un proceso de regresión, empobrecimiento y frustración de la población, multiplicándose y agravándose los conflictos sociales y las crisis políticas que revierten sobre el Estado, reducen su autoridad, su legitimidad y consenso. América Latina es un ejemplo vivo de ello, pues paradójicamente es una región que, por un lado “puede mostrar con gran orgullo más de dos décadas de gobiernos democráticos”, pero por el otro, “enfrenta una creciente crisis social. Se mantienen profundas desigualdades, existen serios niveles de pobreza [...] y ha aumentado la insatisfacción ciudadana con esas democracias”.³³¹

³³¹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe La Democracia en América Latina... op. cit.*, p. 13.

3. El papel de la jurisdicción ante la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Hasta aquí hemos sostenido que no existen razones técnicas para negar que los derechos económicos, sociales y culturales puedan garantizarse de una manera parecida a los derechos civiles y políticos pues, entre otras cosas, en virtud de los principios de legalidad y jurisdiccionalidad es posible establecer en el ordenamiento jurídico los presupuestos vinculantes y los órganos y procedimientos correspondientes, así como los contenidos de cada derecho y los sujetos obligados, todo lo cual permitiría que sean exigidos judicialmente.

De este modo, es factible que una Constitución o un tratado internacional, puedan precisar el contenido de un derecho y el sujeto obligado a satisfacerlo, y que incluso la jurisdicción mediante su actividad interpretativa puedan generar cierta jurisprudencia que permita esclarecer los alcances de las obligaciones derivadas de un derecho económico, social y cultural, tal como lo demuestra la experiencia de muchos tribunales nacionales.

No obstante, admitir este papel de los tribunales nos enfrenta con los argumentos de su falta de legitimidad democrática (en el plano interno), y el riesgo de que tomen decisiones sobre asuntos que no están contemplados, o no se derivan del texto de un tratado internacional, y en consecuencia, que pudieran limitar el principio de la soberanía de los Estados en el sentido de crear obligaciones a las que no se han comprometido cumplir (en el plano internacional).

3. 1. La jurisdicción y el principio democrático en el ámbito interno.

Aunque es claro que han existido y existen experiencias de elaboración de técnicas de garantía para los derechos económicos, sociales y culturales,³³² con ello no se solventan algunas cuestiones controvertidas relacionadas con la forma en que son incardinados en la estructura de una Constitución democrática y de un Estado de derecho.

Se sostiene, por ejemplo, que es común incluir sencillamente a los derechos económicos, sociales y culturales en las constituciones políticas, dotarlos de la misma aplicabilidad que los derechos civiles y políticos, y dejar el resto a la concretización a través del legislador, la Administración y los tribunales. De esta manera, se pasan por alto las diferencias estructurales entre ambas categorías de derechos, lo cual debería llevar consecuentemente a otra forma de garantía jurídica, dado que (a) los derechos económicos, sociales y culturales no pueden ser realizables directamente en el nivel constitucional mediante pretensiones jurídicas concretas, y (b) son de realización costosa por lo que las decisiones sobre su realización entran en el ámbito presupuestario que, en virtud del principio de articulación de poderes, son tareas que corresponden, en primer lugar, al legislador legitimado democráticamente de forma directa, y en segundo lugar, a la Administración. Bajo estos parámetros, la única forma de caracterizar a estos derechos es como *mandato constitucional*, cuya vinculación jurídica efectiva se puede enmarcar en tres aspectos: (a) el fin o programa

³³² Por ejemplo, las normas del Estatuto de los Trabajadores de 1970 en Italia introdujeron originales instrumentos de tutela de la libertad sindical y del derecho a la salud y a la educación en el puesto de trabajo, así como también el recurso al procedimiento de urgencia previsto por el artículo 700 del Código Procesal Civil, para muchos derechos económicos, sociales y culturales que aún no han sido satisfechos, en FERRAJOLI, Luigi, "De los derechos del ciudadano a los de la persona", en Íd., *Derechos y Garantías... op. cit.*, p. 109; sobre algunos ejemplos latinoamericanos, especialmente en el ámbito colombiano, véase ARANGO, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 59-90 y 159-218; sobre algunos ejemplos generales de varios continentes, véanse las obras ya citadas, SQUIRES, John, LANGFOR, Malcom, y BRET, Thiele (Eds.), *The road to a remedy... op. cit.*; y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Ed.), *Construyendo una Agenda para la justiciabilidad... op. cit.*

que supone un derecho económico, social y cultural es sustraído a la, en otro caso, libertad del legislador; (b) la inadmisibilidad de una inactividad o desatención evidente y grosera de los poderes públicos; y (c) la satisfacción conferida a un derecho económico, social y cultural, una vez estipulada, debe ser relativamente irreversible, ya que no puede ser suprimida definitivamente o reducida hasta el punto que degenera en una desatención perniciosa (principio de no regresividad).³³³

En línea con lo anterior se argumenta, por tanto, que los tribunales no cuentan con la legitimidad democrática para conocer sobre asuntos relacionados con las políticas sociales y económicas de un país, por lo cual, si se admite que los derechos económicos, sociales y culturales -que implican la realización de una política distributiva para su satisfacción- pueden ser justiciables, se implantaría en los sistemas representativos un inaceptable componente contra-mayoritario y, en consecuencia, anti-democrático, ya que, los representantes del pueblo elegidos democráticamente serían suplantados por un pequeño grupo de jueces, en el diseño de las políticas sociales y en la conducción de la economía, y peor aún, al invalidar u objetar ciertas políticas públicas, los tribunales estarían constitucionalizando, de manera indirecta, un modelo económico y de desarrollo determinado. Aunado a ello, se arguye que los tribunales (a) no tienen la capacidad técnica para conocer asuntos en materia económica y social, (b) que sus decisiones pueden tener consecuencias financieras negativas debido a que no conocen ni manejan las estrategias de recaudación de impuestos y de obtención de recursos para financiar las políticas sociales, y (c) que aunque fueran cautelosos en ello, no contarían con las

³³³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución", en *Íd., Escritos sobre derechos... op. cit.*, pp. 75-77 y 80-81. "Los mandatos constitucionales son deberes jurídico-objetivos que tienen por destinatarios a los órganos estatales en la legislación y la administración, deberes de actuar para la realización del fin o del programa formulados en el mandato a través de las medidas apropiadas, con lo que se dejan al parecer y entender del juicio político del órgano actuante, y con ello al proceso político, la vía, la dimensión y las modalidades de la realización".

herramientas procesales apropiadas para ejercer la función de tutela que los derechos económicos, sociales y culturales requieren.³³⁴

Todos estos argumentos no pueden considerarse inatacables ni concluyentes, pues por un lado, en los puntos 1, 2 y 3.1 al 3.3 de esta tesis doctoral hemos planteado los contra argumentos principales para rebatir algunos de ellos, y por otro lado, la búsqueda de los mecanismos adecuados para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales requiere impulsar un debate serio para desmontar y/o matizar algunos aspectos teóricos que se toman como dogmas en relación con la justiciabilidad de estos derechos.

En relación con el argumento de la incompetencia técnica de los jueces para conocer asuntos complejos en materia económica y social, parece eludir la otra cara de la realidad de la función judicial, en el sentido de que con frecuencia los tribunales resuelven casos que involucran cuestiones económicas importantes en áreas como la laboral, penal, económica, sucesorias, contractuales, mercantiles, etc., que “suelen encerrar tasaciones y gestión de bienes, estipulación de daños y perjuicios, cálculos de intereses y de lucro cesante, y otras cuestiones de indudable complejidad”.³³⁵ En muchos de estos casos, los jueces se apoyan en informes técnicos y en la opinión de peritos especializados, de la misma manera que los parlamentos se apoyan en estas figuras para decidir sobre leyes o políticas que tengan consecuencias financieras, e incluso forman comisiones y/o subcomisiones legislativas en ámbitos como la

³³⁴ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías... op. cit.*, pp. 89-90. Como consecuencia, sus decisiones podrían convertirse en una especie de “populismo judicial” en el sentido de erosionar “la propia participación política, puesto que generaría en los ciudadanos una ‘ilusión de tutela’ que los llevaría a reemplazar la lucha electoral y la movilización social por la interposición de acciones judiciales”.

³³⁵ *Ibíd.*, p. 95.

industria y comercio, finanzas, obras públicas y transporte, presupuestos, desarrollo, recursos, etc. que cuentan con asesores, técnicos y especialistas en cada materia.³³⁶

Frente a esta tesis de que las cuestiones que implican una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales, el propio CDESC de la ONU ha sostenido que

Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.³³⁷

Dicho todo esto, es claro que, por un lado, el argumento de la falta de capacidad técnica de los jueces es superable y, por otro, que el uso de este tipo de recursos por su parte, es un asunto que hasta el momento tiene la aceptación inequívoca de la comunidad jurídica y política.

En relación con la falta de legitimidad de los tribunales, fácilmente podríamos asumir una posición *realista* para señalar que el gran número de casos en la que los jueces han conocido y resuelto asuntos sobre derechos económicos, sociales y

³³⁶ En muchos casos, los propios miembros del parlamento no tienen competencia técnica en asuntos de políticas públicas en general, incluso, en muchos países no es difícil encontrarnos con parlamentarios que no tienen ningún tipo de formación, por ello, los asesores técnicos, consultores independientes, peritos, comisiones y subcomisiones especiales, etc. (no elegidos democráticamente) son indispensables para el trabajo parlamentario.

³³⁷ CDESC, *Observación General N° 9 (1998)*... *op. cit.*, párr. 10.

culturales debilita el argumento de su falta de legitimidad democrática, ya que ello no ha implicado ninguna vulneración del principio democrático y de separación de poderes, sino más bien lo ha reforzado y ha promovido la garantía de la igual dignidad de las personas;³³⁸ no obstante es preciso llevar el análisis mucho más allá de esta visión, que aunque cierta, no es concluyente.

En ese orden de ideas, es importante resaltar que las relaciones entre el poder legislativo y la jurisdicción siempre han sido volubles en el sentido de que a veces operan como un mismo bloque de poder que disminuye los posibles conflictos entre ellos, y otras veces se dan una serie de tensiones entre ambos debido a que se sostiene la primacía de la política sobre el derecho. Cuando se da esto último, es necesario recordar que con la superación de los dogmas liberal-positivistas de la infalibilidad del legislador y de la inatacabilidad de sus decisiones, y la consiguiente creación de mecanismos de vigilancia de las normas legales para garantizar la supremacía constitucional, los tribunales ya no se limitan a ser “la boca de la ley” -*la bouche de la loi* según la metáfora de Montesquieu- sino que están llamados a contrastar críticamente las actuaciones de todos los poderes públicos -incluido el legislativo- con la Constitución y con los pactos internacionales ratificados por los Estados.³³⁹

³³⁸ En ese sentido, en el caso de los tribunales constitucionales han ido desarrollando mecanismos que muestran ser útiles para controlar la falta de aplicación de políticas públicas reconocidas constitucionalmente, tales como las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, las sentencias con efectos aditivos, tanto de prestación como de principio, e incluso las sentencias de inconstitucionalidad por omisión; por todos véase, PISARELLO, Gerardo, *Vivienda para todos... op. cit.*, pp. 166-173.

³³⁹ Para un análisis general con ejemplos concretos sobre las relaciones entre el legislador y el juez en materia de derechos económicos, sociales y culturales, véase PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan A. y VÁSQUEZ, Rodolfo (Comps.), *Derechos sociales y derechos... op. cit.*, pp.111-135.

De esta manera, el control de constitucionalidad y de convencionalidad (referida a las convenciones internacionales)³⁴⁰ de las leyes está justificado al menos por tres razones importantes: (a) que existe una posibilidad real de desviación práctica legislativa; (b) que todos los poderes públicos están sometidos a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado en cuestión; y (c) que en las democracias contemporáneas la tutela de los derechos humanos no puede dejarse exclusivamente en manos del poder legislativo que por lo general muestra poca sensibilidad hacia las demandas sociales que no se traducen en beneficios electorales inmediatos. En consecuencia, el control constitucional de los tribunales se constituye por sí mismo en una garantía frente a estas desviaciones irregulares, las cuales pueden manifestarse mediante la existencia de normas vigentes pero no válidas (antinomias) y a través de la inactividad del poder legislativo (lagunas),³⁴¹ que es lo que generalmente sucede cuando se trata de un derecho económico, social o cultural.

Cuando se da una *antinomia*, puede suceder (a) que exista una norma legal contraria a una norma constitucional; o (b) que exista una norma legal contraria a los principios constitucionales. En virtud de la supremacía constitucional, es evidente que en ambos casos las normas y principios constitucionales prevalecen sobre el resto de las normas inferiores del ordenamiento jurídico, sin embargo, la declaración de su

³⁴⁰ “[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

³⁴¹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional... op. cit.*, pp. 211-213; PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías... op. cit.*, p. 93. “En ese contexto, y precisamente por su papel de relativa independencia de los órganos políticos, la justicia constitucional podría ser un instrumento idóneo, si bien no el único ni el principal, para impulsar un cierto control entre poderes en materia de derechos civiles, políticos y sociales y para hacer visibles y audibles los intereses y voces de aquellas minorías (y a veces mayorías) marginadas de los canales representativos tradicionales”.

invalidez será más o menos problemática dependiendo de si se trata de una norma o de un principio constitucional.

Si es una norma legal la que se opone a la Constitución (antinomia), la declaración de invalidez por parte de los tribunales no implica ningún problema importante ya que la conformidad con la Constitución es una condición de validez de toda producción normativa, de toda interpretación y de toda realización de un acto al que se le quiera atribuir consecuencias jurídicas. Pero si se trata del control de constitucionalidad por aplicación de los principios constitucionales (antinomia), la declaración de invalidez presenta mayores problemas ya que no estamos ante un juicio técnico en el que se contraponen las determinaciones precisas de la *norma constitucional* con las contenidas en la *norma legal* sino que se requiere de un proceso intelectual por el que, en un caso concreto, se determina el sentido del *principio constitucional* en conflicto con la *norma legal* y se reafirma la oposición entre ambos. El juicio de invalidez de las *normas legales* que colisionan con *principios constitucionales* no se parece técnicamente al juicio de invalidez de las *normas legales* que colisionan con *normas constitucionales*, dado que el juez tiene que valorar primero el sentido preciso del *principio constitucional* y luego determinar si la *norma legal* es compatible con él, lo cual implica que el magistrado puede impugnar la valoración que de dicho principio realizó el legislador y que le indujo a producir la norma legal discutida en el sentido en que lo hizo.³⁴²

Por consiguiente, el problema principal se encuentra en la similitud de la valoración del sentido preciso del principio constitucional por parte del juez, con la

³⁴² PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional... op. cit.*, pp. 214-216. Se supone "que el legislador, al emitir la norma, valoró las normas constitucionales, incluidos los principios, en una valoración global que denominábamos determinación del sentido político del ordenamiento para la que es el único competente. Ahora afirmamos que el órgano de control de constitucionalidad puede impugnar la validez de una norma legal, así dictada, tras realizar una valoración y ponderación de un principio constitucional mediante la que concluirá afirmando la incompatibilidad entre el principio y la norma legal".

valoración política realizada por el parlamento al momento de aprobar una norma legal. En ese orden, lo que hay que comprobar es si con la declaración de invalidez de la norma legal por aplicación de un principio constitucional, el juez afecta la competencia del legislador para determinar el sentido político del ordenamiento jurídico, el cual sólo puede ser sometido a control por parte de los ciudadanos a través de los procesos electorales. Frente a ello, hay que tener en cuenta que debido (a) a que el modelo de validez en los ordenamientos jurídicos contemporáneos en el que las normas y principios constitucionales tienen primacía sobre las normas secundarias, (b) a que todos los poderes públicos están sometidos a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos, y (c) a que existe una distinción entre valoraciones políticas y valoraciones jurídicas, el control de constitucionalidad por parte de los tribunales es justificable y no constituye una transgresión a las competencias del poder legislativo, ya que aunque el legislador tiene una amplia autonomía para desarrollar y ejecutar un programa normativo-constitucional, la misma no es absoluta ni ilimitada sino que debe estar siempre sometida al control constitucional por parte de un poder independiente. De este modo, el control de los tribunales es *jurídico* y no *político* dado que lo único que verifican es que las opciones efectuadas por el legislador y que determinan el sentido político del ordenamiento, estén dentro de las jurídicamente posibles según la Constitución.³⁴³

Ahora bien, cuando se da una *laguna* debido a la omisión del legislador, pueden plantearse dos realidades con repercusiones jurídicas distintas: (a) si se trata de una laguna referida a un derecho que consista en una *expectativa negativa*, en

³⁴³ *Ibíd.*, p. 216-218; PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías... op. cit.*, p. 93. "Así concebido, el control jurisdiccional de las políticas económicas y sociales podría verse, más que como una restricción al principio democrático, como una condición para su mantenimiento en el tiempo y para su adecuación a los elementos nucleares del Estado social. El control de constitucionalidad se presentaría como un paradójico límite habilitante, es decir, como un instrumento eficaz para desbloquear los canales representativos de toma de decisiones, garantizar el correcto funcionamiento de los procedimientos democráticos y evitar el naufragio tecnocrático o partidista de las obligaciones políticas en materia de derechos civiles, políticos y sociales".

general no implica muchos problemas pues como ya hemos señalado anteriormente, para estos derechos sí existen los mecanismos de garantía constitucional que son idóneos para exigir judicialmente su efectividad; sin embargo, (b) si se trata de una laguna en relación con un derecho que consista en una *expectativa positiva*, los problemas son mayores dado que nunca ha sido fácil exigir al legislador que cumpla con su obligación constitucional de activar normativamente un derecho que no cuenta con las debidas garantías (primarias y secundarias) porque se argumenta que no es una cuestión de incumplimiento del deber constitucional del legislador, sino estrictamente un aplazamiento legítimo en el marco de una valoración general en el que se toman en cuenta las posibilidades fácticas y políticas de realización de la expectativa (positiva) que genera el derecho.

A pesar de ello, debemos recordar que con el reconocimiento de la supremacía constitucional, la Constitución se ha constituido en “derecho sobre el derecho” en el sentido de que no se limita sólo a programar la forma de producción normativa mediante reglas procedimentales sobre la formación y sanción de las leyes, sino que también programa sus contenidos, vinculándolos normativamente a la tutela de los derechos humanos reconocidos en ella. Como ya hemos dicho, este derecho sobre el derecho destinado a todos los poderes públicos es lo que significa la Constitución, entendida como la forma positiva concreta del contrato social teorizado por la filosofía iusnaturalista -de Hobbes a Locke- en la que los derechos humanos, elaborados como innatos o naturales por dicha tradición en los orígenes del Estado moderno, se han convertido, una vez sancionados por esos contratos sociales en forma escrita que son las modernas constituciones, en derecho positivo de rango constitucional.³⁴⁴

³⁴⁴ HIERRO, Liborio L., “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19, Alicante, 1996, p. 299; FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, trad. de Gerardo Pisarello, et al, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1ª ed. 2000, pp. 162-168.

Por tanto, en un Estado de derecho, el legislador y el resto de poderes públicos están en la obligación de poner en práctica y de hacer realidad ese *contrato social* (la Constitución) y de asegurar un régimen político democrático, libre e igualitario en donde estén garantizadas las condiciones para la plena realización de la dignidad humana mediante la plena efectividad de *todos* los derechos humanos; por ello, cuando el legislador incumple su deber constitucional de configurar legalmente los derechos económicos, sociales y culturales para hacerlos efectivos, se justifica la actuación (intervención) del poder judicial (especialmente a través de los tribunales o salas constitucionales) como garante de la defensa de la Constitución y de los derechos humanos contenidos en ella.³⁴⁵

Aunque esta intervención no es nada pacífica, la misma se legitima en el sentido de que a diferencia de lo que ocurre con los otros poderes del Estado, el consenso electoral además de ser innecesario es peligroso para el correcto ejercicio de las funciones de tutela de los derechos humanos que le corresponde al poder judicial, ya que éste sólo debe estar sometido a la Constitución, y pese a que sus decisiones entren en conflicto con las orientaciones políticas y jurídicas mayoritarias (electoralmente hablando), su deber es vigilar que ninguna *acción* u *omisión* de cualquier poder público convierta a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en “derechos de papel” o “derechos ficticios”.³⁴⁶

³⁴⁵ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional... op. cit.*, pp. 220-221. Cuando un derecho está previsto por una norma jurídica positiva, la realización de la expectativa contenida en él no puede ser ignorada por la teoría y en tal sentido, la laguna debe ser resuelta por el legislador o por el intérprete, ya que “es precisamente este *deber ser* de su solución donde reside la obligación implicada por el derecho proclamado: que es una relación por así decir de segundo grado, dado que opera sobre el intérprete y/o el legislador como ‘obligación de obligar’, o sea de introducir la modalidad imperativa que forma la garantía que falta”, en FERRAJOLI, Luigi, “Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho”, trad. de A. Ródenas y J. Ruiz Manero, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 20, Alicante, 1997, p. 251.

³⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, p. 595.

Aunado a ello, se debe resaltar que con la expansión del *principio de legalidad*, entre más se limite y se sujete todo poder (público o privado) al derecho, inevitablemente habrá una mayor expansión de los espacios de control de la jurisdicción. En ese sentido, tanto (a) el *principio de igualdad* expresado a través de los límites y vínculos a la mayoría establecidos por la Constitución (la tutela de los derechos humanos) y la sujeción de los poderes públicos a la ley, como (b) el *principio de independencia judicial* frente a las mayorías, determinan conjuntamente el carácter democrático y garantista de la función jurisdiccional. Por tanto, el problema de la legitimación democrática de la jurisdicción no puede ser abordado aceptando que solamente la legitimación *electoral* determina el carácter democrático de un poder del Estado, ya que con ello se niegan otras formas de legitimación diferentes a la mayoritaria y que lleva a concebir como un mismo aspecto, la legitimidad democrática y la legitimidad mayoritaria.³⁴⁷

De esta forma, se puede sostener que aunque la jurisdicción no está legitimada *mayoritariamente*, no se puede deducir de ello que no está legitimada *democráticamente*, dado que su naturaleza por sí sola es suficiente para explicar el carácter no consensual ni representativo de su legitimación y para fundar su independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría. Justamente porque la legitimidad de un juicio reside en las garantías del imparcial establecimiento de la verdad, no puede depender del consenso de la mayoría, que

³⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi, "Jurisdicción y democracia", trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Nº 29, Madrid, julio 1997, pp. 3-6; PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional... op. cit.*, pp. 237-244. También "cabe destacar que el examen judicial no necesariamente debe centrarse sobre la determinación de una conducta concreta que deba exigirse al Estado. Cuando el Estado asume una vía de acción en el cumplimiento de la obligación de adoptar medidas de satisfacción de un derecho social, el Poder Judicial puede analizar también la elección efectuada por el Estado a partir de nociones tales como la de *razonabilidad*, o bien la de *carácter adecuado o apropiado*, que tampoco son ajenas a la tradición de control judicial de actos de los poderes políticos. Los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción", ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles... op. cit.*, p. 126.

evidentemente no convierte en verdadero lo que es falso ni en falso lo que es verdadero, y ello hace que la propia jurisdicción -independiente e imparcial- sea una garantía de la propia democracia y de los derechos humanos de todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado.³⁴⁸

En tal sentido, la función judicial no consistiría en expresar la voluntad popular sino más bien de controlar las posibles desviaciones constitucionales de dicha voluntad, ya que para que se mantenga la estabilidad de un diseño constitucional democrático es preciso incluir un coto vedado -los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado en cuestión- a la intervención legislativa, con lo cual, la implementación del principio de la mayoría es precisamente lo que frena el suicidio de la democracia y la reducción de la omnipotencia de la mayoría es lo que permite su vitalidad.³⁴⁹

Además, la experiencia nos enseña que la inexistencia de garantías judiciales o cuasi-judiciales de los derechos económicos, sociales y culturales no implica una mayor democratización del sistema político y jurídico, sino más bien “opera como una coartada para dotar de impunidad a la actuación restrictiva de los poderes públicos en la materia, erosionando así los propios supuestos materiales que aseguran el funcionamiento del procedimiento democrático”. Teniendo en cuenta que los más afectados de la ausencia de garantías de estos derechos son los grupos más vulnerables, es evidente que ello actúa en detrimento del sistema democrático, en el sentido de que además de facilitar la expansión de la marginación y la exclusión

³⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi, “Jurisdicción y democracia”... *op. cit.*, p. 6. Como lo ha señalado la CIDH en reiteradas ocasiones, la independencia de la judicatura es consecuencia esencial del principio de separación de poderes propio de una sociedad democrática y de un Estado de derecho, véanse, entre otros informes, CIDH, *Séptimo informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, octubre de 1983, Capítulo IV.; Íd., *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, 24 de abril 1997, Capítulo III.

³⁴⁹ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy”, en ALEXY, Robert, et al, *Derechos sociales y ponderación...* *op. cit.*, pp. 153-154.

social, también en muchos casos las decisiones que vulneran derechos económicos, sociales y culturales ni siquiera son decisiones legislativas, sino “disposiciones reglamentarias y decisiones administrativas adoptadas a puertas cerradas, sin audiencias, sin consultas, sin debate, sin procedimientos democráticos”.³⁵⁰

Finalmente, es importante remarcar que las decisiones tomadas por la jurisdicción no son libres ni ilimitadas, ya que las mismas están condicionadas constitucionalmente y deben realizarse dentro de los parámetros (límites y vínculos) que impone el respeto y garantía de los humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado; por tanto, los tribunales (sus actos y decisiones) están sometidos y limitados doblemente en un Estado de derecho, (a) al derecho como tal y al sentido constitucional del ordenamiento que le obliga a la interpretación del primero en el sentido más favorable a los derechos humanos, y (b) al control social de la ciudadanía.

3.2. La jurisdicción y el principio de soberanía en el ámbito internacional.

En el apartado anterior hemos tratado de demostrar que en el plano interno los tribunales nacionales pueden estar legitimados democráticamente para conocer sobre la vulneración -por acción u omisión- de los derechos económicos, sociales y culturales. Ahora, en el plano internacional debemos tratar de rebatir el argumento sobre el riesgo que tiene para la soberanía de los Estados que órganos judiciales o cuasi-judiciales internacionales tomen decisiones con un posible carácter *ultra vires* sobre asuntos que no están contemplados, o no se derivan del texto de un tratado

³⁵⁰ PISARELLO, Gerardo, *Vivienda para todos... op. cit.*, las citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 159-160. “Vistas las cosas de esta manera, la posibilidad de exigir que los tribunales puedan tutelar también derechos sociales no tiene por qué concebirse como una suplantación o una amenaza para la supervivencia de los ámbitos democráticos de discusión y toma de decisiones. Después de todo, el contenido esencial, indisponible, de los derechos sociales recogidos en las constituciones o en los tratados internacionales de derechos humanos comporta vínculos y límites para todos los poderes públicos. No sólo para el legislador o la administración, sino también para los propios jueces, que tienen el deber, y no la simple facultad, de promover la reparación de las vulneraciones de [estos derechos] que puedan tener lugar por acción o por omisión de las sedes políticas de decisión”.

internacional en el sentido de establecer nuevas obligaciones que los Estados, en un principio, no se comprometieron cumplir.

En primer lugar, es preciso subrayar que en los sistemas político-jurídicos contemporáneos el sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución y a las leyes supone el final -en el ámbito interno- del principio de soberanía entendido como *potestas legibus soluta y superiorem*, ya que el postulado de la omnipotencia del legislador y de la soberanía del parlamento se ha vuelto inconsistente frente a la nueva realidad que expresan los derechos humanos a través de los límites y vínculos que imponen a todos los poderes.

En segundo lugar, en el ámbito internacional la adopción de la Carta de la ONU en 1945 y de la Declaración Universal en 1948 ha transformado al menos normativamente el orden jurídico mundial, y la soberanía (anteriormente absoluta) de los Estados ha quedado subordinada jurídicamente (a) al imperativo de la paz que se concreta en la prohibición de la guerra (preámbulo y arts. 1 y 2 de la Carta de la ONU) y en la consecuente supresión del *ius ad bellum* como principal atributo de la soberanía externa,³⁵¹ y (b) al desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos de todos, consagrados en la Declaración Universal y especificados en los dos pactos de 1966, y en varios tratados posteriores que fueron adoptados por un buen número de Estados.³⁵² De esta forma, los derechos humanos se constituyen en límites internos (constitucionales) y externos (supra estatales) a la potestad de los Estados.³⁵³

³⁵¹ Sobre la prohibición del uso de la fuerza, véase REMIRO BROTONS, Antonio, et al, *Derecho Internacional... op. cit.*, pp. 907-930.

³⁵² Si bien la Carta de la ONU no menciona cuáles son esos derechos, la Declaración Universal y los dos Pactos de 1966 -el PIDCP y el PIDESC-, sí los detallan, y por eso se considera que estos tres últimos instrumentos constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos.

³⁵³ FERRAJOLI, Luigi, "La soberanía en el mundo moderno", en *Íd.*, *Derechos y garantías... op. cit.*, pp.144-145. De esta forma, los derechos humanos ya no constituyen un asunto correspondiente sólo a la jurisdicción interna de los Estados.

Este proceso de humanización y socialización del derecho internacional a través del reconocimiento de la dignidad humana, propició las condiciones favorables para considerar a las personas sujetos del derecho internacional como portadoras de unos derechos que los Estados deben salvaguardar, ya que generan un tipo de obligaciones que cada Estado tiene frente a la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*).³⁵⁴ A diferencia de las clásicas obligaciones simples que sólo generan una relación bilateral entre el Estado que incumple la obligación y el Estado lesionado por dicho incumplimiento, las obligaciones *erga omnes* tienen un carácter multilateral en tanto que todos los Estados están interesados en que se respeten, por lo que pueden exigir su observancia, y en su defecto, la responsabilidad internacional en caso de su falta de cumplimiento.³⁵⁵

En este sentido, tales obligaciones (*erga omnes*) derivan de normas fundamentales que la totalidad de los Estados deben cumplir pues constituyen principios elementales de la humanidad y de las “naciones civilizadas”.³⁵⁶ Tal como

³⁵⁴ Para Carrillo Salcedo, “[l]a progresiva afirmación de los derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo constituye, en efecto, una importante transformación del orden internacional en la medida en que, junto al clásico principio de la soberanía de los Estados, ha aparecido otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo: *el de la dignidad intrínseca de todo ser humano*”, CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie... op. cit.*, p. 16.

³⁵⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados... op. cit.*, pp. 150-158; PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público... op. cit.*, pp. 42-46; CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos... op. cit.*, pp. 414-424; CASADO RAIGÓN, Rafael y VÁSQUEZ GÓMEZ, Eva M^a, “La impronta del *ius cogens* en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” y FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, “El *ius cogens* y las obligaciones derivadas de normas imperativas: Entre el mito y la realidad”, en RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro y PÉREZ VERA, Elisa (Coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Tomo I*, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 343-360 y pp. 619-638, respectivamente.

³⁵⁶ Al respecto véanse, entre otras resoluciones de la Corte Internacional de Justicia, (i) Sentencia de 05 de febrero de 1970 relativa al *asunto de la Barcelona Traction* (Bélgica vs. España); (ii) Sentencia de 09 de abril de 1949 relativa al *asunto del Estrecho de Corfú* (Reino Unido de Gran Bretaña vs. Albania); (iii) Opinión consultiva de 18 de mayo de 1951 relativa a la *Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*; (iv) Opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la *Licitud*

lo ha señalado el Instituto de Derecho Internacional, los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad humana, por lo cual, la obligación de los Estados de asegurar su respeto se desprende del propio reconocimiento de la misma que, como hemos visto, ya proclaman la Carta de la ONU y la Declaración Universal. Por tanto, esta “obligación internacional es de naturaleza *erga omnes*, ya que incumbe a todo Estado con respecto a la comunidad internacional en su conjunto y todo Estado tiene un interés jurídico en la protección de los derechos humanos. Esta obligación implica, además, un deber de solidaridad entre todos los Estados, con el fin de garantizar lo más rápidamente posible una protección universal y efectiva de tales derechos”.³⁵⁷ De esta forma, con la aprobación de estos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, se “ha roto el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, y lo ha sustituido por otro nuevo: por el principio de que la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales constituye una cuestión esencialmente internacional”.³⁵⁸

Esta innovación jurídica y política que encarna el reconocimiento de unos derechos humanos supra estatales, tiene implicaciones que van más allá del plano internacional y se extiende sobre el derecho interno estatal, en el sentido de que (a) se produce una ruptura del paradigma tradicional del derecho internacional de los tratados que se limitaba a acuerdos entre sujetos soberanos³⁵⁹ -los Estados- con poca o nula proyección en el plano interno, y (b) se debilita la tesis que, en el ámbito del

de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Toda la información relativa a este órgano internacional (sentencias, opiniones consultivas, etc.) puede encontrarse en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/>

³⁵⁷ Institute of International Law, *The Protection of Human Rights and the Principle of Non-intervention in Internal Affairs of States*, (Eighth Commission, Rapporteur : Mr Giuseppe Sperduti), Session of Santiago de Compostela, Resolution of September 13, 1989, article 1.

³⁵⁸ TRUYOL y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1ª reimp., 1984, p. 29.

³⁵⁹ En este sentido, la Corte IDH ha señalado que los tratados de derechos humanos, a diferencia de los tratados internacionales clásicos, “están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”, en Corte IDH, “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, párr. 24.

derecho constitucional, promovía que el derecho internacional fuera relegado a una cuestión sólo vinculada a los órganos políticos estatales con escasas posibilidades de invocación por parte de las personas ante los tribunales nacionales. No obstante, con la consagración de los derechos humanos en tratados internacionales, se presenta la novedad de que (a) las personas pasan a ser sujetos de derecho internacional rompiendo con el monopolio estatal y de las organizaciones internacionales; (b) los tratados de derechos humanos establecen unos estándares internacionales a los que el derecho interno y los poderes públicos nacionales deben adecuarse; y (c) estos tratados establecen mecanismos u órganos de vigilancia del cumplimiento de sus disposiciones por parte de los Estados,³⁶⁰ cuyo objetivo primario no radica en condenar a un Estado cuya conducta es contraria a la norma internacional que protege un derecho humano, sino más bien, en prevenir su incumplimiento, promocionar el cumplimiento y, en todo caso, obtener del modo más eficaz y discreto posible que el Estado corrija su conducta y la ajuste a los estándares establecidos en el tratado internacional que, en el ejercicio de su soberanía, decidió adoptar.³⁶¹

Así las cosas, es evidente que cuando un Estado de forma soberana ratifica un tratado internacional (como el PIDESC, la CADH o el Protocolo de San Salvador) y acepta la competencia de los órganos encargados de supervisar su aplicación (como el CDESC, la CIDH o la Corte IDH), le cede a éstos la potestad “para vigilar el cumplimiento de las obligaciones asumidas, determinar la extensión de los compromisos contraídos, interpretar el alcance de las disposiciones convencionales, evaluar la licitud de las reservas formuladas y, por supuesto, definir el alcance de su

³⁶⁰ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “La interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: El caso de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en CANTÓN, Octavio y CORCUERA, Santiago (Coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, pp. 15-16.

³⁶¹ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *Derecho Internacional Público: Parte general*, Trotta, Madrid, 4ª ed. rev., 2005, p. 463.

propia competencia”.³⁶² Por consiguiente, cuando un Estado adopta libremente un tratado internacional de derechos humanos, no sólo se compromete a cumplir con las disposiciones establecidas en su texto, sino también a asegurar que todos sus organismos internos tomen en consideración las interpretaciones y resoluciones de los órganos de vigilancia como intérpretes finales de los mismos. Y en ese sentido, los tribunales locales juegan un papel fundamental como responsables de la implementación de las normas internacionales de derechos humanos a nivel interno, lo que implica, entre otras cosas, que el Estado garantice la existencia de recursos eficaces ante las instancias nacionales contra violaciones de los derechos reconocidos en los tratados.³⁶³

Todo esto refleja la interacción existente entre el derecho internacional y el derecho interno, que se vuelve más intensa cuando se definen los espacios de acción de cada uno de ellos, dado que para que una persona o grupo de personas pueda recurrir ante una instancia internacional, debe primero agotar los recursos que el Estado tiene la obligación de conceder en el derecho interno. Por otro lado, en el ordenamiento internacional existe un principio, según el cual, en su seno las obligaciones internacionales tienen primacía sobre las obligaciones impuestas a los órganos estatales por normas de derecho interno; dicho principio fue incorporado en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que en su artículo 27 establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

³⁶² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados... op. cit.*, p. 109.

³⁶³ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *Derecho Internacional... op. cit.*, p. 590. En el ámbito interamericano, la Declaración de Caracas de la II Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Caracas, Venezuela, en marzo de 1999, estipula que “las sentencias de las Cortes y Tribunales nacionales atenderán a lo preceptuado en los instrumentos de protección de los derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Por lo anterior, es imperativo tener claridad respecto (a) a la forma en que las normas internacionales son introducidas o recibidas en el derecho interno, ya que cuando un Estado adopta un tratado internacional, tiene que adaptar su legislación nacional a las exigencias establecidas en el tratado y, por lo tanto, todos los poderes públicos deben actuar conforme a las mismas; (b) al lugar jerárquico que ocupa la norma internacional en el derecho interno; y (c) a la aplicabilidad de las normas internacionales por los órganos internos, fundamentalmente por los tribunales de justicia.³⁶⁴ Sin lugar a dudas, estos aspectos de dicha interacción tienen una gran relevancia práctica en las decisiones cotidianas de los tribunales nacionales, ya que así como los Estados no pueden invocar una norma de su ordenamiento jurídico interno para incumplir un tratado, tampoco pueden justificar la inadecuación de su derecho interno a las normas de un tratado de derechos humanos por el simple hecho de que sus tribunales interpreten dicho tratado de un modo diferente al que se impone en el plano del derecho internacional mediante la práctica de los respectivos órganos de vigilancia.

De este modo, es claro que ciertos derechos humanos no podrían ser respetados efectivamente por un Estado si no existe un poder judicial independiente, imparcial y que asegure el respeto de unas garantías básicas, y que además, no tome en consideración lo señalado por los órganos internacionales, en el caso americano, la CIDH y la Corte IDH, quienes son los intérpretes finales de los tratados interamericanos de derechos humanos. Por consiguiente, los tribunales internos tienen una función capital en la protección de los derechos reconocidos en un tratado internacional, por lo que es fundamental que conozcan y asuman las interpretaciones realizadas por el respectivo órgano de vigilancia del tratado, ya que si en el ámbito de sus competencias realizan una interpretación incorrecta o no verifican la validez

³⁶⁴ Para un análisis general sobre la interacción del derecho internacional y el derecho interno, véase MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *Derecho Internacional... op. cit.*, pp. 592-632.

de los actos de otro organismo estatal que pudiera significar un incumplimiento de la norma de un pacto, se podría configurar la responsabilidad internacional del Estado.³⁶⁵

En definitiva, cuando los órganos de vigilancia, a través de sus Observaciones Generales, recomendaciones y los documentos que surgen de los días de debate general -en el caso del CDESC-, o mediante sus resoluciones, medidas cautelares, medidas provisionales y sentencias, -en el caso de la CIDH y la Corte IDH, respectivamente- desarrollan una tarea de especificación del contenido de los derechos (y obligaciones) consagrados en los tratados internacionales pertinentes, no se extralimitan en sus funciones ni vulneran la soberanía de los Estados, en tanto que éstos al ratificarlos, también se comprometieron implícitamente a aceptar las resoluciones de dichos órganos.³⁶⁶

4. Consideraciones finales.

Tomando en cuenta todo lo desarrollado en este capítulo, es importante concluir diciendo que, en primer lugar, la importancia de haber realizado todas estas matizaciones y refutaciones contra la tesis de que los derechos económicos, sociales y culturales son estructuralmente diferentes a los derechos civiles y políticos, radica en que se desvirtúa el principal fundamento teórico de la idea de la falta de exigibilidad judicial intrínseca de los primeros, ya que éstos son sancionables, o al menos reparables, tanto aquellos comportamientos lesivos como las violaciones consistentes en omisiones, debido a la falta de la prestación que constituye su objeto y cuya exigibilidad en juicio es posible garantizar en la mayor parte de los casos. Así las

³⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos... op. cit.*, p. 273-275.

³⁶⁶ En el caso del CDESC, sus observaciones y recomendaciones “frente a los Informes de cada uno de los países signatarios, se aproximan funcionalmente a la ‘jurisprudencia’ a nivel local, ya que analiza el cumplimiento o incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones establecidas en el PIDESC en situaciones concretas de alcance general”, en ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles... op. cit.*, p. 123.

cosas, se puede sostener que *todos* los derechos humanos son derechos complejos, en parte positivos, en parte negativos; en parte costosos, en parte no costosos; algunas veces con un contenido preciso y otras veces indeterminado; lo cual no ignora que alguno de estos componentes pueda tener un mayor peso simbólico en un derecho concreto,³⁶⁷ que puede ser civil y político, o económico, social y cultural, pero no necesariamente tiene que formar parte de la categoría de estos últimos, debido a su naturaleza aparentemente diferente.

Y en segundo lugar, que los derechos humanos en general, y los derechos económicos, sociales y culturales en particular, son algo más que un simple reclamo legal justificado, son “uno de los indicadores principales del progreso histórico”³⁶⁸ y “una galaxia ideológico-normativa en rápida expansión y con una meta precisa: acrecentar la salvaguardia de la dignidad de la persona”.³⁶⁹ Por ello, *tomar en serio* los derechos humanos implica pensar en términos integradores para poder aclarar su contenido normativo y las obligaciones de los Estados, e identificar los mecanismos - tanto de dentro como de fuera del ámbito de la ley- para su plena realización, lo cual requiere, entre otras cosas, que sean respetados por todos en su interacción con otros y que los Estados, de forma individual y colectiva, garanticen su respeto, los defiendan contra las posibles transgresiones de terceros y tomen las medidas necesarias para permitir que las personas gocen de sus derechos, especialmente cuando no sean capaces de hacerlo por sí solas.³⁷⁰

Por tanto, es significativo destacar que la configuración de los derechos humanos y en especial de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos, no puede ser considerada como el único medio para

³⁶⁷ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías... op. cit.*, p. 75.

³⁶⁸ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos... op. cit.*, p. 14.

³⁶⁹ CASSESE, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo... op. cit.*, p. 9.

³⁷⁰ KÜNNEMANN, Rolf, “The right to adequate food: violations related to its minimum core content”, en CHAPMAN, Audrey and RUSSELL, Sage (Eds.), *Core obligations... op. cit.*, p. 163.

garantizarlos, pues si así fuera se limitaría su carácter emancipatorio y su efecto movilizador de las fuerzas sociales y políticas para lograr el pleno desarrollo de la dignidad humana mediante la atribución de todos los derechos humanos a todas las personas y a través del aseguramiento de la igualdad en derechos, y en consecuencia, de la igual libertad de todos.³⁷¹

De allí que el carácter subjetivo de los derechos humanos representa sólo uno de los tantos mecanismos que permiten asegurar su efectividad, ya que la sola atribución de derechos subjetivos como garantía liberal clásica de los derechos humanos es insuficiente para asegurar las diversas formas en que se manifiestan las exigencias que contienen, especialmente en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, la relación entre derechos humanos y derechos subjetivos se puede entender en dos sentidos contrapuestos: (a) que el derecho subjetivo es idóneo para ser vehículo de expresión de todos los atributos de la personalidad humana y (b) que es un expediente técnico-jurídico que designa una determinada relación jurídica entre dos sujetos en atención a determinados intereses personales que, además, en la mayor parte de los casos, son de naturaleza privada o patrimonial. Si se opta por la primera posición, se concluiría que los derechos humanos son especies cualificadas de derechos subjetivos. No obstante, si se opta por la segunda, se tendería a afirmar “que entre ambas figuras no existe más relación que la puntual y coyuntural construcción de determinados derechos fundamentales como

³⁷¹ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *Derechos sociales e igualdad* (inédito). Agradezco al autor que ha tenido la gentileza de permitirme consultar este trabajo, el cual constituye su ponencia en el III Congreso estudiantil de derecho y teoría constitucional en Santiago de Chile, 21 de agosto de 2007. Este autor sostiene que la configuración de los derechos económicos, sociales y culturales como subjetivos es una cuestión técnica referida al modo en que deben articularse estos derechos y no a los fines que persiguen, por lo que es importante distinguir entre “los fines que queremos conseguir y los instrumentos de que disponemos para ello. Bien puede suceder que nos propongamos un fin para el que no disponemos de instrumentos, o que, en un ámbito determinado (digamos el ámbito jurídico), nos propongamos un fin para el que los instrumentos disponibles (digamos los propios de la técnica jurídica) no sean apropiados” (p. 47).

derechos subjetivos, pero que, en el fondo, nos hallamos ante categorías jurídicas netamente diferentes".³⁷²

Además, para construir un sistema de garantías basado sólo en la figura del derecho subjetivo existen dificultades de tipo político, axiológico, estructural y las que se deducen del carácter negativo o reaccional de los derechos. En relación con la dificultad política, es inadecuado que el control de la función de garantía de los derechos humanos esté en manos de los poderes legislativo o ejecutivo, pues ambos son parte en los procesos en que se pueden dar violaciones a los derechos de las personas, por lo que es necesario un poder independiente, desvinculado del sentido político del ordenamiento y que esté funcionalizado al único fin de la tutela de tales derechos; en relación con la dificultad axiológica, existe una incompatibilidad entre los valores externos que garantizan los derechos humanos y los otros valores o situaciones jurídicas garantizadas por los derechos subjetivos; por tanto, si los primeros corresponden a todos por igual como garantía de la igualdad, quedan excluidos de su ámbito todas las posiciones, situaciones, privilegios o facultades que supongan desigualdad entre los individuos, tal como sucede con el derecho subjetivo que se basa en la determinación de un estatus jurídico preciso que respalda una determinada posición individual de su titular frente a terceros y que implica un factor de desigualdad, dada la posibilidad de disposición y acumulación de este tipo de derechos; en relación con la dificultad estructural, existen tres diferencias básicas entre derechos humanos y derechos subjetivos: (a) las que se derivan de su distinto origen, (b) las referidas a su titularidad, y (c) las que afectan a la posibilidad de disposición respecto del objeto de ambas categorías; y finalmente, en relación con el carácter reaccional o negativo de los derechos subjetivos, son una garantía válida

³⁷² PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional... op. cit.*, p. 129.

para las relaciones con las mismas características, pero no son adecuados para las diversas formas de protección que exigen los derechos humanos.³⁷³

No se niega que una de estas formas de protección, es la atribución de un derecho subjetivo como una de las garantías básicas de los derechos de libertad; sin embargo, cuando se trata de los derechos económicos, sociales y culturales especialmente, el mecanismo del derecho subjetivo es tendencialmente ineficaz para asegurar un elevado grado de garantía puesto que no es posible delimitar ni precisar normativamente las facultades inherentes al derecho como tampoco es posible enumerar los presupuestos de la transgresión, razón por la cual, entender que los derechos económicos, sociales y culturales “sólo se garantizan a través de derechos subjetivos es una forma de colaborar a su endémica ineffectividad”.³⁷⁴

Por ende, si el derecho es una realidad artificial construida por las personas y tanto el “cómo es” como el “cómo será” del derecho -interno e internacional- dependen de lo que nosotros en cuanto abogados, activistas, teóricos, filósofos, jueces, internacionalistas hacemos, entonces la falta de garantías de los derechos económicos, sociales y culturales es remediable y puede ser superada con la configuración y construcción de un derecho como un sistema general de garantías constitucional e internacionalmente pre-ordenado a la tutela de *todos* los derechos humanos,³⁷⁵ que incluya una variedad de mecanismos que van desde (a) la inclusión de estos derechos en la legislación y, preferiblemente, en la Constitución; (b) políticas públicas y legislación nacional que les otorguen efectos concretos -incluyendo las medidas necesarias para hacer más efectiva la aplicación de las normas internacionales en el ámbito interno-; (c) remedios accesibles y efectivos de carácter

³⁷³ *Ibíd.*, pp. 130-131.

³⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 157-161.

³⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, en *Íd.*, *Derechos y garantías... op. cit.*, pp. 16-19; FERRAJOLI, Luigi, “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho” ... *op. cit.*, p. 155.

judicial y administrativo en caso de violación; y (d) órganos e instituciones nacionales e internacionales adecuadas y revestidas de poder suficiente para ejercer un mejor control, investigar las posibles transgresiones y determinar apropiados mecanismos de realización y reparación.³⁷⁶

En consecuencia, es ineludible una (re)construcción de las garantías de *todos* estos derechos en el sentido de que sea una reconstrucción unitaria, es decir, que parta de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; una reconstrucción compleja tanto en lo que respecta a los sujetos obligados como a las escalas en que dicha tutela puede tener lugar; y una reconstrucción más participativa y menos institucionalista. De esta forma, dicha reconstrucción podría partir de la determinación de varias distinciones conceptuales: (a) Desde el punto de vista de los sujetos obligados a tutelar los derechos, se podrían distinguir (a.1) garantías institucionales (políticas, semi-políticas, jurisdiccionales, semi-jurisdiccionales) y (a.2.) garantías extra-institucionales; (b) desde el punto de vista del alcance de los medios de tutela, se podrían distinguir (b.1) garantías primarias y (b.2) garantías secundarias; y finalmente, (c) desde el punto de vista de las escalas en que actúen los mecanismos de tutela, se podrían distinguir (c.1) garantías estatales y (c.2) garantías supra estatales.³⁷⁷

En esta última escala -la del derecho internacional-, es imperativo que las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales por la ausencia de garantías adecuadas sean interpretadas como una indebida *laguna* que *debe* ser

³⁷⁶ LIEBENBERG, Sandra, "The protection of economic and social rights in domestic legal system"... *op. cit.*, p. 84.

³⁷⁷ Para un detallado análisis al respecto véase PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...* *op. cit.*, pp. 111-136.

colmada por la comunidad internacional,³⁷⁸ y así como la ONU subsanó “la falta de una lista concreta de los derechos humanos que permitiese poner en marcha la protección y promoción de los mismos prevista en la Carta”,³⁷⁹ mediante la aprobación de la Declaración Universal y los pactos de 1966, o la OEA a través de la aprobación de la Declaración Americana para concretar los derechos señalados en la Carta de la OEA, o de la CADH y del Protocolo de San Salvador para darle parcialmente fuerza convencional a lo estipulado en la Declaración Americana, también deben perfeccionar el sistema de protección internacional -universal y regional- de los derechos económicos, sociales y culturales, a través del fortalecimiento del CDESC -en el plano universal-, lo que incluiría la adopción de un Protocolo Facultativo para conocer de comunicaciones individuales, la ampliación del número y el tiempo de las sesiones, la consolidación del sistema de informes como mecanismo de supervisión, etc.; y en el ámbito interamericano, mediante la enmienda del Protocolo de San Salvador que permita que la CIDH y la Corte IDH puedan conocer peticiones individuales por posibles violaciones de *todos* los derechos allí contenidos, así como también que tales órganos interpreten de forma extensiva el artículo 26 de la CADH. Evidentemente, si todas estas medidas no se llevan a cabo, “la famosa *indivisibilidad* de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales, corre el riesgo de terminar convirtiéndose en *invisibilidad de estos últimos*”.³⁸⁰

No obstante, también es claro que para evitar dicha “invisibilidad”, es sumamente importante la *garantía social* de la auditoría y la promoción ciudadana de la efectividad de *todos* los derechos humanos, pues no se puede caer en el error de

³⁷⁸ FERRAJOLI, “La soberanía en el mundo moderno”... *op. cit.*, pp. 145-146. “[L]a ciencia jurídica internacionalista, después de tres siglos de derecho internacional patricio, no ha puesto al día sus categorías y padece de cierta inseguridad sobre sí misma, casi un complejo de inferioridad científica y jurídica que la lleva a devaluar la nueva dimensión normativa del derecho internacional y a identificarla con la efectividad de las relaciones de fuerza entre Estados”.

³⁷⁹ TRUYOL y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos...* *op. cit.*, p. 29.

³⁸⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie...* *op. cit.*, p. 128.

permanecer pasivos ante la creencia de que la existencia de los derechos económicos, sociales y culturales se resume simplemente en un deber a cargo del Estado que debe orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece,³⁸¹ sino que los ciudadanos deben jugar un papel protagonista en la transformación de las situaciones que producen la intolerable desigualdad en derechos, y ello implica la toma de conciencia del carácter emancipatorio de los derechos humanos, por lo que, en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, sólo podrán realizarse plenamente si, como ya hemos planteado, se producen profundos cambios estructurales, institucionales y culturales, tal como sucedió en los siglos XVII y XVIII con el reconocimiento e implementación de los derechos civiles y políticos. En este sentido, aunque la incorporación normativa de cualquier derecho representa un progreso significativo, no debe verse como la meta final de la lucha política, pues la experiencia nos enseña que la efectiva garantía de los derechos necesita también de la movilización constante y organizada de sus titulares en conjunto con otras fuerzas sociales y políticas.

En este orden de ideas, podríamos decir que en los derechos humanos en general se pueden encontrar dos facetas: una *conservadora* y otra *emancipatoria*; la primera en el sentido de que el interés que protegen está socialmente establecido, forma parte del orden social existente y es considerado correcto por el sistema normativo; la segunda en el sentido de que enuncian estados de cosas deseables pero inexistentes. En el primer caso, la tutela judicial puede resultar adecuada, ya que ante la violación de un derecho humano la acción procesal busca la reparación de aquel aspecto del orden existente que ha sido perturbado: el juez sabe exactamente qué es lo que debe hacer y qué remedio aplicar; en el segundo caso, la tutela judicial no es suficientemente adecuada, dado que en la medida en que un derecho humano exige

³⁸¹ Corte IDH, *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú...* op. cit., voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, punto 3.

cambios sociales y no sólo la restauración precisa del orden alterado, es difícil que un juez pueda hacer mucho, puesto que lo que la pretensión que el derecho humano “contiene no está definida, ni tampoco lo está el modo en que ha de ser satisfecha ni, a menudo, quién ha de ser el sujeto obligado a satisfacerla (a salvo de una genérica referencia a los poderes públicos, al Estado o al Gobierno)”.³⁸²

Es claro que, en muchos de los casos, los derechos económicos, sociales y culturales expresan estados de cosas deseables pero inexistentes, en mayor medida en que lo hacen los derechos civiles y políticos, por lo cual la sola técnica del derecho subjetivo resulta insuficiente, a menos que admitamos una concepción mínima de tal “estado de cosas deseable”, y de esta forma, si está determinado un nivel mínimo de prestación de un derecho económico, social o cultural, el juez puede determinar su incumplimiento y prescribir su satisfacción o reparación.³⁸³ Por tanto, podríamos decir que en este caso la figura del derecho subjetivo es un mecanismo válido para satisfacer las prestaciones mínimas del derecho, pero habría que renunciar al elemento emancipatorio o al “aspecto aspiracional” de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, si tenemos una concepción de los derechos económicos, sociales y culturales cuyo contenido consista en una prestación máxima, el juez no puede o no debería ordenar la satisfacción o reparación del nivel máximo, puesto que “nadie puede precisar cuál es ese nivel máximo, ni su consecución es el resultado de una acción u omisión determinada de un sujeto determinado al que

³⁸² GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *Derechos sociales e igualdad... op. cit.*, pp. 54-55. “Por tanto, y en principio, la configuración de los derechos fundamentales como derechos subjetivos no depende tanto de si estamos ante derechos liberales o derechos sociales cuanto de si esos derechos reflejan un orden de cosas realmente existente o no, es decir, si esos derechos apuntan hacia la conservación o hacia el cambio social”.

³⁸³ Atria plantea que “[l]o que llega al tribunal no es un derecho [económico, sociales o cultural], no puede ser un derecho [económico, social y cultural], sino una demanda privada, que expresa ya no la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de ésta: la pretensión del demandante de que su interés sea atendido, aun a costa del interés de los demás [...] Los derechos sociales no pueden ser exigibles como derechos subjetivos. Para hacer de los derechos sociales derechos jurídicamente exigibles es necesario des-socializarlos [...]”, ATRIA, Fernando, “¿Existen derechos sociales?” ... *op. cit.*, pp. 44-47.

pudiera ordenársele hacer o dejar de hacer algo”.³⁸⁴ En este sentido, la técnica del derecho subjetivo, además de ser insuficiente, es contraproducente, dado que las prestaciones máximas del derecho requieren que todos puedan acceder al máximo o mejor nivel posible de ellas, y ello implicaría algún tipo de redistribución de ciertos bienes, y por tanto, cierta restricción de algunos derechos como los de propiedad o la libertad de comercio, debido a la incompatibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales con la forma en que se concibe el libre mercado en nuestras sociedades contemporáneas.³⁸⁵

Por tanto, la realización de estos derechos además de ser una cuestión jurídica, también es política, dado que sólo a través de la lucha por ellos, “que quiere decir su constante ejercicio y su defensa tenaz frente a todo posible obstáculo, amenaza o violación, puede garantizarse su posesión efectiva y la consiguiente valorización de la persona. Un derecho no ejercitado o no defendido está en realidad destinado a decaer y finalmente a sucumbir. De la libertad de pensamiento y de prensa a los derechos políticos, de la libertad personal a los derechos sociales, la efectividad de los derechos de la persona no está nunca garantizada de una vez por todas como graciosa concesión jurídica, sino que es siempre el efecto de cotidianas y a veces costosas conquistas”.³⁸⁶ En este sentido, la historia de las luchas sociales modernas ha sido la historia de una lucha de conquista de los derechos humanos especialmente por parte de los sectores de la sociedad que han sido excluidos de ellos, es decir, los trabajadores asalariados, las mujeres, los jóvenes, los campesinos y los movimientos sociales y populares en general, quienes para lograrlo, han tenido que sufrir (y

³⁸⁴ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *Derechos sociales e igualdad... op. cit.*, p. 51.

³⁸⁵ *Ibidem*. Si aceptamos que *todos* los derechos humanos tienen como objetivo y fundamento la igual libertad de todos, no podemos admitir que unos derechos (civiles y políticos) puedan otorgar cuotas iguales y máximas de libertad en la medida de lo posible, mientras que otros (económicos, sociales y culturales) sólo otorguen cuotas mínimas; en ese sentido, los derechos económicos, sociales y culturales deben configurarse como derechos máximos con todas las implicaciones político-jurídicas y socio-económicas que esta afirmación tiene.

³⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, pp. 944-945.

todavía sufren hoy) la represión violenta de sus demandas, la ilegalización frecuente y periódica de sus asociaciones, partidos, sindicatos y demás organizaciones.³⁸⁷

De esta manera, la garantía de los derechos humanos también se traslada a los espacios democráticos de participación política institucional y social, con lo que se fortalece la relación de interdependencia entre la democracia y los derechos humanos, ya que la primera garantiza la lucha por los segundos, y éstos, a su vez, garantizan la democracia y se constituyen en parámetros y criterios de legitimidad política.

Teniendo en mente los argumentos hasta aquí planteados, en el siguiente capítulo analizaremos la consagración normativa de los derechos económicos, sociales y culturales en la Convención Americana y en el Protocolo de San Salvador, las obligaciones que generan dichos instrumentos, las fortalezas y debilidades de los mecanismos de protección y vigilancia establecidos en ellos, y la importancia del papel de la CIDH y de la Corte IDH frente a la pobreza y la desigualdad que caracteriza al continente americano, y su impacto sobre la gobernabilidad democrática, especialmente ahora que los TLC adoptados en los últimos años, parecen tener efectos negativos sobre los derechos económicos, sociales y culturales, con su consecuente agravamiento de la exclusión social.

En este sentido, la importancia central de esta primera parte de la tesis radica en que ha de servirnos como una especie de *lente* que nos permitirá leer el panorama que nos ofrece el Sistema Interamericano, con una visión crítica e iluminadora que nos ayude a detectar las razones por las cuales se tiene este estado de cosas y no otro; todo ello nos ratificará que la protección debilitada de los derechos económicos, sociales y culturales no sólo se debe a las limitaciones propias de los textos

³⁸⁷ CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida... op. cit.*, p. 121.

interamericanos, sino también a las limitaciones que imponen las razones de carácter histórico, conceptual y filosófico que hemos analizado en estos primeros capítulos, pero que poco a poco deben ser superadas por los actores interamericanos con el fin de darle una expresión real y concreta a la tesis de la indivisibilidad de *todos* los derechos humanos.

De cara a lo anterior, hay que decir que representa un paso muy importante el reconocimiento por parte de los órganos del Sistema Interamericano de la necesidad de delinear principios y estándares sobre los alcances de los derechos al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva en casos que involucran la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales; así como también, los movimientos que se tejen entre algunos actores interamericanos (jueces, comisionados, litigantes, sociedad civil, académicos, funcionarios estatales, etc.) para promover que tanto la CIDH como la Corte IDH examinen asuntos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales en un futuro cercano -tales como el alcance del artículo 26 de la CADH y de las disposiciones del Protocolo de San Salvador-, pero despojados de los prejuicios que, como hemos analizado a lo largo de estas páginas, han condicionado y debilitado la protección de estos derechos.

**CAPÍTULO III.
LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES Y
CULTURALES EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS
HUMANOS**

1. Antecedentes normativos e institucionales.

Dada la importancia de los derechos humanos en el marco del derecho internacional contemporáneo, la comunidad internacional se ha organizado de tal manera que ha creado sistemas de protección, tanto en el ámbito universal (la ONU) como en el regional (europeo, africano y americano), para garantizar la efectividad de estos derechos. Así, cada uno de estos sistemas de protección se ha dotado de dos componentes esenciales: (a) los instrumentos de protección, que es el marco normativo donde se reconoce los derechos humanos que los Estados se comprometen a garantizar dentro de sus respectivas jurisdicciones;³⁸⁸ y (b) los mecanismos de protección, que son los órganos creados, generalmente por los mismos tratados, para que vigilen el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esos instrumentos.

En el caso del Sistema Interamericano, se caracteriza por su doble estructura institucional, la que se deriva de la Carta de la OEA³⁸⁹ y la derivada de la Convención Americana;³⁹⁰ en este sentido, está constituido por una serie de instrumentos de protección encabezados por la Carta que proclama los “derechos fundamentales de la persona humana” como uno de los principios en que se funda la organización; la Declaración Americana;³⁹¹ el Pacto de San José; el Protocolo de San Salvador;³⁹² y otros instrumentos de carácter más específico relacionados con la abolición de la pena de muerte, la prevención y sanción de la tortura, la prevención, sanción y

³⁸⁸ El *corpus iuris* internacional relativo a los derechos humanos está constituido por dos tipos de normas: (i) Las normas convencionales que forman parte de la llamada legislación intangible, entre las que se encuentran los pactos, tratados, convenciones, cartas y protocolos y cuya particularidad radica en su carácter vinculante para los Estados que son parte en ellas; y (ii) un número muy elevado de otras normas como las declaraciones, principios, reglas, etc., las cuales no poseen los atributos jurídicos de las normas anteriores pero cuentan con una fuerza política persuasiva muy importante; en LEVIN, Leah, *Derechos humanos: preguntas y respuestas*, Ediciones UNESCO/Bakeaz, Bilbao, 1999, p. 10.

³⁸⁹ Suscrita el 30 de abril de 1948 y en vigor desde el 13 de diciembre de 1951. Ha sido objeto de 4 reformas introducidas por el Protocolo de Buenos Aires (1967), el Protocolo de Cartagena de Indias (1985), el Protocolo de Washington (1992) y el Protocolo de Managua (1993).

³⁹⁰ Adoptada el 21 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978.

³⁹¹ Adoptada el 02 de mayo de 1948, siete meses antes de la adopción de la Declaración Universal.

³⁹² Adoptado el 17 de noviembre de 1988 y en vigor desde el 16 de noviembre de 1999.

erradicación de la violencia contra la mujer, entre otros. A su vez, existen dos órganos especiales encargados de vigilar el cumplimiento de los derechos reconocidos en tales instrumentos: la CIDH y la Corte IDH, cuyas funciones y facultades analizaremos más adelante.

Es preciso destacar que en el Sistema Interamericano existen tres niveles de protección referidos al grado de compromiso asumido por los Estados. Así, (a) hay algunos Estados que sólo son signatarios de la Declaración Americana y respecto de ellos, la CIDH actúa con base a dicho instrumento y a la Carta de la OEA (nivel de compromiso *débil*); (b) hay otros Estados que han ratificado la Convención Americana pero no han aceptado la competencia de la Corte IDH, por lo que la CIDH actúa en aplicación de la CADH (nivel de compromiso *medio*); y (c) hay ciertos Estados que han ratificado el Pacto de San José y también han aceptado la competencia de la Corte, por lo que sus actuaciones son objeto de vigilancia tanto por ésta como por la CIDH (nivel de compromiso *fuerte*). Aunque cada Estado tiene la libertad para asumir los compromisos que estime convenientes, es evidente que la diferenciación en los niveles de compromiso debilita al Sistema Interamericano en el sentido de la falta de uniformidad obligacional, lo que constituye una situación de desigualdad de condiciones entre los Estados.³⁹³

Aunque se pueden encontrar los primeros antecedentes de la tutela regional americana de los derechos humanos a partir de 1826 con la aprobación del “Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua” celebrado en Panamá con el objetivo de

³⁹³ 35 Estados han ratificado la Carta de la OEA y pertenecen a la Organización; 21 han ratificado la Convención Americana y han aceptado la competencia de la Corte IDH; 3 países han ratificado la Convención Americana pero no han aceptado la competencia de la Corte IDH; 9 países no han ratificado la Convención Americana. Hay que recordar que Trinidad y Tobago denunció la Convención el 26 de mayo de 1998, pero en el período comprendido entre el 28 de mayo de 1991 al 26 de mayo de 1999, fue parte en el Pacto de San José y había aceptado la competencia de la Corte IDH. Finalmente, por resolución de la 8ª Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (1962), Cuba fue excluida de participar en la OEA.

crear una confederación de Estados para consolidar la paz y defender los derechos humanos en el continente, sólo se puede hablar del comienzo de la protección *contemporánea* de los derechos humanos en el Sistema Interamericano hasta la IX Conferencia Internacional Americana de 1948 celebrada en Bogotá, Colombia,³⁹⁴ en la cual se adoptaron la Carta de la OEA, que establece el nacimiento formal de la organización en sustitución de la Unión Panamericana; la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (en adelante la Carta de Garantías Sociales) en la que los Estados de América proclaman los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y que constituye el *mínimum* de derechos que deben gozar en un marco de justicia social; y la Declaración Americana. Igualmente, se aprobaron otras resoluciones en materia de derechos humanos mediante las cuales se adoptaron convenciones sobre la concesión de los derechos civiles y políticos de la mujer, y se trataron temas como la Condición Económica de la Mujer Trabajadora.³⁹⁵

Es importante subrayar que la Carta de Garantías Sociales contiene 39 artículos que se destacan por su admirable detalle en relación con algunos derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo, no adopta una postura clara en referencia a lo que se espera de los Estados para la realización de los derechos allí consagrados. Por otro lado, el hecho de que contenga disposiciones tan detalladas provocó que no fuera apoyada unánimemente por los Estados americanos, y como era previsible, los Estados Unidos de América se opusieron al proyecto de la Carta de

³⁹⁴ Entre 1826 y 1889 se desarrollaron otros congresos predominantemente hispanoamericanos en Lima (1847-1848), Santiago (1856), Washington (1856), Lima (1864) y Montevideo (1888-1889). A partir de 1889 se inicia el llamado "Panamericanismo" con la realización de varias conferencias interamericanas en Washington (1889-1890), México (1901-1902), Río de Janeiro (1906), Buenos Aires (1910), Santiago (1923), La Habana (1928), Montevideo (1933), Lima (1938), Bogotá (1948) y Caracas (1954); al respecto puede consultarse MORENO PINO, Ismael, *Orígenes y evolución del Sistema Interamericano*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1977.

³⁹⁵ Organización de Estados Americanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano (Actualizado a julio de 2003)*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2003, p. 4.

Garantías Sociales y votaron en contra de su aprobación, ya que consideraban que los detalles sobre las cuestiones relativas a las condiciones laborales, sociales, de seguros, vacaciones, etc., debían ser tratadas mediante la negociación colectiva entre empleadores y empleados. De hecho, la Carta de Garantías Sociales original contenía tres capítulos separados sobre derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo, no fueron aprobados porque se consideró que una consagración tan amplia de estos derechos representaba un perjuicio a las disposiciones de la legislación interna de cada Estado en relación con el ejercicio de determinadas profesiones o actividades laborales.³⁹⁶

De cualquier modo, hay que precisar que a pesar de que el nombre de este instrumento puede sugerir una aplicación más amplia de sus disposiciones, la Carta de Garantías Sociales es simplemente una declaración de derechos económicos, sociales y culturales de los trabajadores del continente.³⁹⁷ No obstante, aunque ella no ha llegado a gozar del prestigio de la Declaración Americana, hay quienes sostienen que constituye un complemento conceptual y un perfeccionamiento de esta última en materia de derechos económicos, sociales y culturales,³⁹⁸ por lo que es imprescindible que tanto las organizaciones de la sociedad civil como los órganos del Sistema Interamericano, recuperemos la Carta de Garantías Sociales como un instrumento de interpretación en cada caso concreto que se presenta ante dicho órganos, ya que además, “constituye un antecedente significativo que reviste actualidad en muchos de los aspectos por ella considerados”,³⁹⁹ y que mediante su utilización constante por

³⁹⁶ LeBLANC, Lawrence J., “Economic, Social, and Cultural Rights and the Interamerican System”, in *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Vol. 19, N° 1, February 1977, pp. 69-70.

³⁹⁷ FENWICK, Charles, “The Ninth International Conference of American States”, in *The American Journal of International Law*, Vol. 42, N° 3, July 1948, p. 563.

³⁹⁸ GROSS ESPIEL, Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*, Libro Libre, San José, Costa Rica, 1986, pp. 60-61.

³⁹⁹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983-1984*, 28 septiembre 1984, Capítulo V. II., párr. 3.

los usuarios del Sistema Interamericano podría alcanzar un estatus semejante al de la Declaración Americana.

También es importante resaltar que al contrario de lo que ha sucedido con otras organizaciones o sistemas internacionales, la creación inicial del Sistema Interamericano no tuvo una base convencional, es decir, no estuvo apoyada en un tratado, sino que en simples resoluciones de conferencias internacionales, con lo cual existía un permanente peligro de que todo el sistema pudiera ser cambiado o modificado mediante otras resoluciones.⁴⁰⁰ No fue hasta la ya mencionada IX Conferencia que se superó tal debilidad mediante la adopción de la Carta de la OEA, cuyas reformas sólo pueden ser adoptadas en una asamblea general convocada para tal efecto y que entrarían en vigor cuando los dos tercios de los Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de aceptación de las mismas (arts. 140 y 142 de la Carta de la OEA).

Aunque la Carta de la OEA adoptada el 30 de abril de 1948 contiene sólo unas pocas referencias a los derechos humanos,⁴⁰¹ el paso institucional más decisivo que los Estados americanos dan para reafirmar la importancia que le otorgan a los derechos humanos en la región, es la revisión de la carta de la organización mediante el Protocolo de Buenos Aires que entra en vigor en 1970, ya que cambia el régimen legal de la CIDH –y de su Estatuto– en muchos aspectos importantes, sobre todo porque le otorga el estatus de órgano principal de la OEA (art. 51), y refuerza el carácter normativo de la Declaración Americana, tal como lo veremos más adelante.

Si bien en 1959 la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile había creado la CIDH, su mandato original

⁴⁰⁰ KUNZ, Josef L., "The Bogota Charter of the Organization of American States", in *The American Journal of International Law*, Vol. 42, N° 3, July 1948, pp. 568-570.

⁴⁰¹ Preámbulo, párrafo 3; artículo 5, literal j); artículo 29, literales a) y b); artículo 30.

no era la protección de los derechos humanos, sino que estaba limitado a su promoción entre los Estados Partes en la Carta de la OEA, entendiéndose por estos, los reconocidos en la Declaración Americana; además, este órgano había sido creado por una simple resolución, por lo que al incorporarla a la Carta revisada de la OEA, se estableció un verdadero sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos basado en un tratado constitutivo, lo cual representa una base constitucional sólida para aplicar los derechos contenidos en la Declaración Americana,⁴⁰² y cumplir con su función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia. No obstante, pese al importante paso que representa la constitución de la CIDH como un órgano principal de la OEA, su estructura, competencia y procedimiento quedó condicionada a la futura adopción de una convención interamericana sobre derechos humanos.

La Carta reformada amplió el número de provisiones de las que pueden derivarse derechos humanos de carácter económico, social y cultural, tales como el derecho al trabajo, a la vivienda, a la salud, a la seguridad social, a la huelga, etc.;⁴⁰³ así, por ejemplo, el artículo 45 establece (a) el derecho de todas las personas “al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”; (b) el derecho al trabajo “en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”; y (c) el derecho de los empleadores y los trabajadores “de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de

⁴⁰² BUERGENTHAL, Thomas, “The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights”, in *The American Journal of International Law*, Vol. 69, N° 4, October 1975, pp. 835-836.

⁴⁰³ Preámbulo, párrafo 4; artículo 3, literal l); artículo 17; artículo 45; artículo 49; artículo 46; artículo 53; artículo 91 literal l); artículo 95 numeral 3; artículo 106; artículo 145.

negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia". Por su parte, el artículo 49 reconoce el derecho a la educación en sus tres etapas, la primaria que será "obligatoria para la población en edad escolar, y se ofrecerá también a todas las otras personas que puedan beneficiarse de ella. Cuando la imparta el Estado, será gratuita"; la educación media que "deberá extenderse progresivamente a la mayor parte posible de la población, con un criterio de promoción social"; y la educación superior que "estará abierta a todos, siempre que, para mantener su alto nivel, se cumplan las normas reglamentarias o académicas correspondientes".

Sin embargo, estos y los demás artículos de la Carta de la OEA relativos a los derechos humanos, por sí solos no contribuyen demasiado a la constitución de un cuerpo coherente de derechos, tal como se deduce de la vaguedad e imprecisión de las obligaciones estatales establecidas en dicho instrumento. En el caso del artículo 45, por ejemplo, los Estados no se comprometen a garantizar la efectividad de tales derechos, sino sólo "convienen en dedicar sus máximos esfuerzos" para lograr su aplicación. Por su parte, el derecho al trabajo (enunciado también como un deber social) y el derecho a la libertad de asociación parecen ser tratados como simples principios que los Estados deben procurar aplicar, con lo cual pareciera que la Carta de la OEA se refiere más a objetivos de desarrollo económico y social que a verdaderos derechos.

En este sentido, resulta relevante que estos artículos se encuentren en el capítulo VII sobre "Desarrollo integral" en virtud del cual los Estados americanos se comprometen a sumar esfuerzos para lograr que reine la justicia social internacional en sus relaciones y en las que la cooperación interamericana es fundamental, sobre todo en los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico

como parte de los objetivos nacionales de desarrollo. Sumado a ello, en su capítulo XIII la Carta de la OEA crea el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (en adelante el CIDI) con la finalidad de “promover la cooperación entre los Estados americanos con el propósito de lograr su desarrollo integral, y en particular para contribuir a la eliminación de la pobreza crítica, de conformidad con las normas de la Carta y en especial las consignadas en el capítulo VII de la misma, en los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico” (art. 94).

Esta específica mención parece sugerir que el CIDI es quien tiene la responsabilidad primaria en la implementación de estos objetivos en vez de la CIDH; incluso, bajo este razonamiento no es extraño observar que en sus primeras actuaciones la CIDH haya mantenido una posición restrictiva en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, y negado la posibilidad de derivarlos de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo Buenos de Aires. De esta forma, para la CIDH, de dichas normas sólo podían derivarse objetivos sociales pero no derechos que puedan constituir una base normativa que permita su protección en el ámbito interamericano. Por tanto, para la CIDH en la Carta de la OEA

[...] no se reconocen derechos humanos cuyo cumplimiento pueda ser reclamado a un Estado, sino que se establecen objetivos de desarrollo económico y social a ser alcanzados por los Estados a través del esfuerzo interno y de la cooperación internacional. De allí que su tratamiento sea realizado en conjunto con el de elementos puramente instrumentales como son el perfeccionamiento de los aparatos administrativos del Estado, el comercio exterior, la integración económica, las reformas tributarias, etc. La enumeración de esos derechos, por otra parte, es incompleta.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983-1984... op. cit.*, punto 4.

Pese a ello, el carácter evolutivo del sistema de protección internacional de los derechos humanos ha permitido que en la actualidad la CIDH haya modificado su posición anterior, y junto con la Corte IDH y los Estados miembros de la OEA, hayan interpretado y enunciado precisamente los derechos humanos a los que se refiere la Carta, los cuales son contenidos y definidos en la Declaración Americana. En este sentido, para interpretar y aplicar la Carta de la OEA en materia de derechos humanos, es preciso integrar sus normas con las correspondientes disposiciones de la Declaración Americana, tal como lo analizaremos en el apartado siguiente.

1.1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y su relación con la Carta de la OEA.

Hemos señalado que la Carta de la OEA consagra entre sus principios la necesidad de consolidar en el continente americano un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales de la persona humana sin distinción de raza, nacionalidad, credo, sexo y de cualquier otro tipo. Sin embargo, la simple referencia a los derechos humanos –con excepción del derecho al trabajo (art. 45) y a la educación (art. 49)- no permite establecer con claridad cuáles son esos derechos que deben ser protegidos ni los mecanismos adecuados para su plena efectividad, razón por la cual, en primer lugar, es necesario determinar si la Carta de la OEA genera verdaderas obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos para los Estados miembros; y en segundo lugar, establecer el alcance de tales obligaciones y el contenido de los derechos, que por referencia, enuncia la Carta de la OEA.

En relación con lo primero, por un lado se ha argumentado que las referencias sobre derechos humanos de la Carta de la OEA sólo proclaman aspectos generales de la conducta que deben asumir los Estados pero sin constituirse en normas jurídicas vinculantes; por tanto, se trataría de expresiones generales de política sobre las cuales

se podrían crear normas legales en el futuro; y por otro lado, se ha señalado que la Carta de la OEA es un instrumento legal y como tal, sus disposiciones crean obligaciones que están destinadas a tener consecuencias jurídicas concretas.⁴⁰⁵ En la actualidad podemos subrayar que no hay duda respecto de la naturaleza vinculante de este instrumento como fuente jurídica de obligaciones para los Estados Partes, pero esta afirmación nos enfrenta a la necesidad de determinar con exactitud cuáles son esos derechos humanos que los Estados deben respetar, promover y proteger, cuestión que, como ya hemos visto, la Carta de la OEA no enumera ni define con claridad.

En relación con este segundo aspecto, es importante destacar que durante la IX Conferencia éste fue un tema de mucha controversia, ya que se planteó la posibilidad de que los derechos contenidos en la Declaración Americana fueran incorporados por referencia en la Carta; no obstante, algunos Estados como los Estados Unidos de América rechazaron tal posición y entendieron que el antiguo artículo 5, literal j) de la Carta de la OEA -ahora art. 3, literal l) de la Carta reformada- no transformaba las provisiones de la Declaración Americana en obligaciones contractuales, cuestión que ratificó un año más tarde el Consejo de Jurisconsultos en el sentido de que tal declaración no crea ese tipo de obligaciones y que consecuentemente no tiene el estatus de derecho positivo sustantivo.⁴⁰⁶

Sin embargo, si nos remontamos al momento histórico previo en el que la Declaración Americana fue adoptada, podemos comprobar que originariamente la intención era dotarla de una naturaleza vinculante. En este sentido, la Declaración Americana pasó por diferentes etapas de redacción antes de que fuera aprobada en

⁴⁰⁵ LeBLANC, Lawrence J., *The OAS and the promotion... op. cit.*, pp. 8-9.

⁴⁰⁶ BUERGENTHAL, Thomas, "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights" ... *op. cit.*, p. 829. El Protocolo de Buenos Aires que reformó la Carta de la OEA en 1965, eliminó el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y delegó sus funciones en el Comité Jurídico Interamericano.

su forma actual. En virtud de la Resolución XL, la “Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz” celebrada en México del 21 al 08 de marzo de 1945 proclamó “la adhesión de las Repúblicas Americanas a los principios consagrados en el Derecho Internacional para la salvaguardia de los derechos esenciales del hombre” y se pronunció a “favor de un sistema de protección internacional de los mismos”. Asimismo, encomendó al Comité Jurídico Interamericano (en adelante el Comité Jurídico) “la redacción de un anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre” que sería sometido a todos los gobiernos americanos para que formularan sus respectivas observaciones, a fin de que fuera adoptada “en forma de convención por los Estados del Continente”.⁴⁰⁷

Por otra parte, mediante la Resolución IX de la misma conferencia, el Consejo Directivo de la Unión Panamericana fue exhortado a preparar un borrador de Carta que tendría que ser presentado y aprobado en la IX Conferencia Internacional de Estados americanos, con el objetivo de mejorar y fortalecer el sistema panamericano, y proclamar así la adhesión de las repúblicas americanas a ciertos principios fundamentales del derecho internacional que debían ser expuestos en una Declaración de los Derechos y Deberes de los Estados y en una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre. A su vez, se estableció que el texto de la segunda declaración -la de los Derechos y Deberes del Hombre-, sería el mismo que se le encomendó al Comité Jurídico en la Resolución XL. La intención de incluir estas declaraciones como anexos era facilitar la revisión de las mismas para adaptarlas a los requerimientos y aspiraciones futuras de la vida internacional sin

⁴⁰⁷ Resolución XL. Protección internacional de los derechos esenciales del hombre. Aprobada en la sesión plenaria del día 06 de marzo de 1945, puntos 2 y 3, en *Conferencias Internacionales Americanas. Segundo Suplemento 1945.1954*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1ª ed. 1956, 2ª reimp. 1990, pp. 52-53. El texto de esta y otras resoluciones de las conferencias americanas desde 1889 hasta 1954 pueden encontrarse en la Biblioteca Digital Daniel Cosío Villegas, accesible en <http://biblio2.colmex.mx/coinam/>

necesidad de reformar la Carta.⁴⁰⁸ De este modo, la primera declaración quedó a cargo del Consejo Directivo de la Unión Panamericana y la segunda bajo la responsabilidad del Comité Jurídico. La primera fue incorporada a la Carta de la OEA (Capítulo IV, arts. 10-23), mientras que la segunda fue adoptada como un instrumento independiente y no como un anexo de la Carta.⁴⁰⁹

El Comité Jurídico comenzó a trabajar en un primer borrador de la Declaración Americana en diciembre de 1945, tomando como base los proyectos presentados por algunas delegaciones gubernamentales como Cuba, México, Uruguay y Brasil, caracterizándose los proyectos de estas dos últimas por darle una gran importancia a los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente a la seguridad social (Uruguay, proyecto N° 83) y, sin mencionar el término derechos, a la necesidad de mejorar el estándar de vida y las condiciones económicas y sociales de la gente (Brasil, proyecto N° 136).⁴¹⁰

Una vez elaborado el primer borrador, el Comité Jurídico lo transmitió a los Estados miembros de la OEA para sus respectivos comentarios y observaciones, y sobre esta base elaboró un segundo borrador de declaración que fue estudiado y revisado más a fondo por un Grupo de Trabajo establecido por la IX Conferencia Internacional, para que finalmente preparara una versión final que sirviera de base para los debates de la Subcomisión A de la Sexta Comisión de dicha conferencia, antes de que fuera aprobado definitivamente en la sesión plenaria en 1948.

⁴⁰⁸ Resolución IX. Reorganización, consolidación y fortalecimiento del Sistema Interamericano. Aprobada en la sesión plenaria del día 06 de marzo de 1945, en *Conferencias Internacionales Americanas... op. cit.*, p. 23.

⁴⁰⁹ FENWICK, Charles, "The Ninth International Conference of American States" ... *op. cit.*, pp. 562-563.

⁴¹⁰ Inter-American Juridical Committee, "Draft Declaration of the International Rights and Duties of Man and Accompanying Report", in *The American Journal of International Law*, Vol. 40, N° 3, Supplement: Official Documents, July 1946, pp. 103-104.

En las discusiones de la subcomisión, el delegado del Gobierno de Uruguay planteó 4 cuestiones esenciales: (a) si debía elaborarse un borrador de convención o de una simple declaración; (b) si debían incluirse o no los derechos económicos, sociales y culturales entre los derechos humanos del documento a adoptar; (c) si debía crearse un mecanismo internacional para proteger esos derechos; y (d) en caso de que la tercera cuestión fuera afirmativa, si la competencia de dicho mecanismo debería ser política o jurisdiccional. La incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales no tuvo oposición alguna, pero la naturaleza jurídica del documento a aprobar generó un gran debate y una mayoría de Estados se inclinaban por adoptar una declaración en vez de una convención. En cuanto al mecanismo de protección, había consenso en la necesidad de contar con uno de carácter jurisdiccional, sin embargo, se consideró que en ese momento era demasiado prematuro establecerlo y que mejor sería retomado en un futuro. Debido a los disturbios que estallaron en Bogotá el 09 de abril de 1948, la reunión de la Subcomisión A fue suspendida abruptamente y los debates fueron continuados en la Sexta Comisión donde se presentaron dos posiciones enfrentadas en cuanto a la naturaleza legal del documento de derechos humanos que sería adoptado.⁴¹¹

Por un lado se planteó si la Declaración Americana debía adoptarse como un tratado o como un anexo de la Carta de la OEA. La primera opción fue rechazada por 10 votos en contra, 6 a favor y una abstención; la segunda opción también fue rechazada por 12 votos en contra y 8 a favor; y finalmente, con 12 votos a favor y 2 en contra (Guatemala y Colombia), se decidió que la Declaración Americana fuera adoptada como una simple resolución de la conferencia.⁴¹²

⁴¹¹ MEDINA QUIROGA, Cecilia, *The battle of Human Rights. Gross systematic violation in the Inter-American System*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 2001, pp. 36-37.

⁴¹² LeBLANC, Lawrence J., *The OAS and the promotion... op. cit.*, pp. 13-16.

De cualquier manera, no se puede minimizar el hecho de que el entusiasmo generado por la proclamación de la Declaración Americana llevó a un número importante de delegaciones gubernamentales a señalar la necesidad de crear alguna forma de protección internacional por parte de un órgano jurisdiccional que hiciera efectiva las disposiciones de dicha declaración; sin embargo, la IX Conferencia no estaba lista para analizar este asunto⁴¹³ y pese a reconocer que los derechos humanos internacionalmente reconocidos deben tener protección adecuada garantizada por un tribunal competente, finalmente sólo adoptó una resolución recomendando al Comité Jurídico preparar “un proyecto de estatuto para la creación y funcionamiento de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre [que debía] ser remitido a la X Conferencia Interamericana para que ésta lo estudie si considera que ha llegado el momento para una decisión sobre la materia”.⁴¹⁴ Ni siquiera fue discutida una tímida propuesta del Gobierno de Colombia de establecer una especie de “Tribunal Moral” que pudiera realizar investigaciones y que sirviera como apoyo moral a los derechos humanos, la cual incluso había sido presentada formalmente en las discusiones del Grupo de Trabajo y evidentemente había sido rechazada.⁴¹⁵

Es preciso resaltar que el borrador final aprobado, apenas se asemeja a lo que el Comité Jurídico había propuesto inicialmente, tanto en materia de derechos civiles y políticos como en el ámbito de derechos económicos, sociales y culturales. Aunque el Comité Jurídico reconoció que existían diferencias entre los nuevos derechos (económicos, sociales y culturales) y los más tradicionales (civiles y políticos), entendió que pese a las dificultades que entraña la aplicación de los primeros, todos los individuos deberían ser capaces de hacer reclamaciones contra el Estado en

⁴¹³ FENWICK, C. G., “Second Meeting of the Inter-American Council of Jurists” in *The American Journal of International Law*, Vol. 47, N° 2, April 1953, p. 293.

⁴¹⁴ Resolución XXXI. Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre, en *Conferencias Internacionales Americanas... op. cit.*, p. 210.

⁴¹⁵ MEDINA QUIROGA, Cecilia, *The battle of Human Rights...* pp. 36-37.

relación con cuestiones tales como el trabajo y la seguridad social, ya que la concepción del Estado democrático establecido para buscar el bienestar general de todos sus miembros implicaba la elevación al rango de derechos humanos de aquellos asuntos que tradicionalmente no se habían considerado en términos de derechos. Esta posición se vio reflejada en un buen número de artículos que el Comité Jurídico propuso para su adopción; por ejemplo, en relación con el derecho a la vida el primer borrador de declaración establecía que cada persona tiene el derecho a la vida, lo cual incluye el derecho al sustento y al apoyo en el caso de aquellos que no pueden mantenerse a sí mismos por sus propios esfuerzos; e implica el deber del Estado de velar para que ese apoyo esté disponible. A su vez, en referencia al derecho al trabajo el Comité Jurídico propuso que se aprobara que toda persona tiene derecho al trabajo como un medio para el sustento propio y el de su familia y que el Estado tiene un deber de ayudar a la persona en el ejercicio de su derecho al trabajo cuando sus propios esfuerzos no sean suficientes para garantizar el empleo; debe hacer todo lo posible para promover la estabilidad laboral y para asegurar las condiciones adecuadas de trabajo, y debe fijar normas mínimas relativas a indemnizaciones laborales justas.⁴¹⁶

No obstante, la posición del Comité Jurídico en términos de incluir disposiciones más amplias sobre derechos económicos, sociales y culturales no fue compartida por los delegados gubernamentales que asistieron a la IX Conferencia en 1948, quienes finalmente modificaron varios aspectos de la propuesta en algunos puntos importantes, como por ejemplo, (a) recortaron algunas de las amplias disposiciones relativas a los derechos económicos, sociales y culturales; (b) aprobaron un capítulo aparte que contiene diez artículos sobre los deberes del hombre; y (c) suprimieron toda referencia a los deberes de los Estados, con lo cual, trasladaron el

⁴¹⁶ LeBLANC, Lawrence J., "Economic, Social, and Cultural Rights and the Interamerican System"... *op. cit.*, pp. 63-65.

deber de satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales a las propias personas. Todas estas modificaciones ponen de manifiesto los diferentes puntos de vista sobre estos derechos entre los juristas, por un lado (miembros del Comité Jurídico) y los estadistas, por el otro (delegados gubernamentales), ya que los primeros parecían influenciados por el principio de justicia social, mientras que los segundos por simples consideraciones políticas. De este modo, la declaración aprobada por estos últimos dista mucho de la propuesta presentada por los primeros. Evidentemente, existen dos razones importantes por las que la propuesta del Comité Jurídico fue alterada drásticamente en 1948. En primer lugar, la actitud de los Estados americanos en la IX Conferencia era diferente a la que tenían en la Conferencia sobre los Problemas de la Guerra y la Paz en 1945, sobre todo porque le otorgaron una nueva dimensión al principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados que jugó un papel crucial para rebajar el entusiasmo *pro homine* manifestado en 1945 como consecuencia de la sensibilidad americana después de la II Guerra Mundial; y en segundo lugar, una razón esencialmente ideológica en el sentido de que no había un acuerdo claro entre los Estados americanos sobre si los derechos económicos, sociales y culturales eran verdaderos derechos al igual que los derechos civiles y políticos.⁴¹⁷

Indudablemente, esta posición ideológica estaba sustentada en las razones de carácter histórico, conceptual y filosófico que analizamos en el capítulo anterior y que definitivamente condicionaron la concepción estatal sobre los derechos económicos, sociales y culturales en los debates interamericanos, lo que se tradujo en la limitación de los textos sobre derechos humanos, incluso aquellos de tipo *no convencional* como la Declaración Americana o la Carta de Garantías Sociales, y por ende, en la protección debilitada de tales derechos en comparación con los derechos civiles y políticos, sobre lo cual volveremos más adelante. Es claro que pese a todos

⁴¹⁷ *Ibíd.*, pp. 66-71.

los debates e intentos de dotar de fuerza vinculante a la Declaración Americana, en el momento histórico en que fue proclamada carecía de ella, ya que “no fue adoptada como un tratado y existía una expresa manifestación de quienes la proclamaran de que no constituía una fuente de obligaciones”.⁴¹⁸

A pesar de lo anterior y de que la Declaración Americana fue aprobada fuera del marco de la Carta de la OEA, y no estableció la creación de ningún órgano con la función específica de promover y proteger los derechos en ella contenidos, es innegable que constituye un instrumento con un enfoque integrador de los derechos humanos, y a diferencia de la Declaración Universal, entremezcla los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos civiles y políticos, dando una impresión instrumental de interdependencia y unidad; de esta manera, consagra (a) derechos civiles como a la vida, la libertad, la seguridad, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la igualdad ante la ley y a no ser discriminado, la libertad religiosa y de culto, el derecho a la nacionalidad, a la libertad de investigación, opinión y expresión, a la protección de la honra, a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, a la protección de la familia, el derecho de propiedad, a la protección de la maternidad y la infancia, el derecho de residencia y tránsito, el derecho de asilo y el derecho de petición, el derecho a la justicia, la protección contra la detención arbitraria y la presunción de inocencia; (b) derechos políticos como el de sufragio, participación en el Gobierno, derecho de reunión y de asociación pacífica; (c) derechos derivados de la relación laboral y previsional como el derecho al trabajo, a una justa retribución, al descanso y al aprovechamiento del tiempo libre, a gozar los beneficios de la seguridad social que proteja a las personas por causa de desocupación, vejez o incapacidad; y (d) otros derechos económicos, sociales y

⁴¹⁸ HAUSER, Denise, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre”, en COURTIS, Cristian, HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela (Comps.), *Protección internacional... op. cit.*, p. 127.

culturales como el derecho a la preservación de la salud y el bienestar social, el derecho a la educación y el derecho a gozar de los beneficios de la cultura.

Por tanto, al incluir derechos económicos, sociales y culturales, civiles y políticos en el mismo texto, la Declaración Americana niega la división artificial de los derechos humanos en dos categorías, y reafirma que todos ellos forman un cuerpo único e indisoluble, e indispensable para el pleno desarrollo de la dignidad humana en el continente;⁴¹⁹ en este sentido, “la conceptualización de los derechos humanos, y su alcance, que existía al momento de la elaboración y aprobación de la Declaración Americana, partía de una concepción integral, léase, de indivisibilidad”, y de esto modo, existía un reconocimiento integral de que *todos* los derechos “atienden a un dignidad indivisible, y por consiguiente, su ámbito de cobertura tenía que ser igualmente indivisible”.⁴²⁰

1.1.1. El valor jurídico actual de la Declaración Americana.

Aunque se pueda argumentar que las disposiciones sobre derechos humanos establecidas tanto en la Carta de la OEA como en la Declaración Americana no son inmediatamente realizables, sino que pese a reconocerse su gran valor moral y legal, su exigibilidad debe esperar a que existan condiciones más idóneas, actualmente, con el transcurso de los años y durante los cuales se ha proclamado reiteradamente la importancia de alcanzar la plena efectividad de tales disposiciones, las mismas no pueden considerarse como desprovistas de efectos jurídicos. Por tal razón, es posible afirmar que esa proclamación reiterada constituye (a) en sentido positivo, el

⁴¹⁹ La Declaración Americana “expresa por su contenido los conceptos de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos”, en SALVIOLI, Fabián, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, vol. 39, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, enero-junio 2004, p. 106.

⁴²⁰ URQUILLA, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”... *op. cit.*, ambas citas textuales corresponden a la p. 263.

fundamento de una verdadera obligación de convenir nuevos medios que permitan el desarrollo y perfeccionamiento del sistema, así como también (b) “una sólida base para sostener, en sentido negativo, que en el Derecho internacional actual los Estados no pueden lícitamente rehusarse de plano a considerar propuestas orientadas hacia la profundización de los medios internacionales de protección a los derechos humanos”.⁴²¹

De esta manera, la Declaración Americana se constituyó en el paso inaugural para el desarrollo progresivo de los derechos humanos en el Sistema Interamericano, por lo que podemos señalar que sus previsiones tienen (a) un carácter positivo en el sentido de que representan el primero de muchos pasos en la protección interamericana de tales derechos en virtud del principio de progresividad; y a su vez, tienen (b) un carácter negativo, en el sentido de que los Estados no pueden dar un paso atrás o tomar medidas regresivas en relación con el estándar de protección consagrado en dicho instrumento, en virtud del principio de no regresividad.

Así lo afirma el párrafo cuarto del preámbulo de la Declaración Americana en el que se instituye que con su adopción se “establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias”, lo cual se ha visto reflejado en la importante influencia que ha tenido la Declaración Americana para que se elaboren y adopten nuevos instrumentos interamericanos de derechos humanos a lo largo de estos años, tales como, el Pacto de San José de 1969, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra

⁴²¹ NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos... op. cit.*, p. 82.

la Mujer de 1994 (en adelante la Convención Belém do Pará), en cuyos preámbulos se hace referencia explícita a la importancia de dicha declaración.

Aunque no se puede ignorar que por su naturaleza originaria la Declaración Americana sólo ha contado con una fuerza política al representar el consenso y la aceptación de los Estados americanos, pero sin poseer -en principio- los atributos jurídicos de las normas convencionales, hoy, 60 años después de su adopción y debido a su importante desarrollo progresivo en el marco del Sistema Interamericano, es pertinente preguntarse cuál es su estatus actual, si se puede considerar incorporada a la Carta de la OEA o si con el paso del tiempo ha podido adquirir la fuerza jurídica de la costumbre internacional en materia de derechos humanos, en virtud del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante la Corte Internacional).

Frente a tales interrogantes es esencial conocer (a) la posición actual que han asumido algunos Estados frente a la Declaración Americana, así como (b) la práctica de los órganos del Sistema Interamericano de cara a la aplicabilidad de dicho instrumento, ya que aunque no fue adoptada como un tratado internacional que establece derechos y obligaciones para aquellos que lo ratifican sino que se aprobó como un acuerdo menos formal, si sus disposiciones recogen una práctica internacional extendida o contienen normas imperativas de derecho internacional público, puede considerarse como un instrumento jurídicamente vinculante para todos los Estados miembros de la OEA.⁴²²

En relación con el primer aspecto, en la Opinión Consultiva número 10 de la Corte IDH se pueden identificar varias posturas estatales de cara a la naturaleza

⁴²² QUESADA, Carlos, GONZÁLEZ, Felipe, et al, *Using the Inter-American System for Human Rights. A practical guide for NGOs*, Global Rights, Washington, D. C., March 2004, p. 2.

jurídica y a la aplicabilidad de la Declaración Americana:⁴²³ (a) la postura de los Estados que consideran que este instrumento, al no ser un tratado en el sentido establecido por el derecho internacional, no puede ser interpretado por el máximo órgano jurisdiccional interamericano, pero sin que ello implique que la Corte IDH no pueda utilizarlo “para interpretar otros instrumentos jurídicos relacionados ni para considerar que muchos de los derechos ahí reconocidos sean elevados a la categoría indiscutible de costumbre internacional”;⁴²⁴ (b) la de los Estados que consideran que el valor normativo de la Declaración Americana “estriba en ser una declaración de principios básicos de carácter moral y de carácter político y en ser la base para velar por el cumplimiento general de los derechos humanos por parte de los Estados Miembros [pero sin ser] un conjunto de obligaciones vinculantes [y por lo tanto, sólo] formula obligaciones políticas o morales para los sujetos del derecho internacional, limitando en consecuencia su exigibilidad a diferencia de un tratado propiamente dicho”.⁴²⁵

(c) La postura de aquellos Estados que consideran que aunque antes de la vigencia del Pacto de San José, la Declaración Americana podía ser tenida como un instrumento sin mayores consecuencias jurídicas, el artículo 29 de dicho pacto le ha conferido un carácter especial y le ha dado “una jerarquía similar a la que tiene la

⁴²³ Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/1989 del 14 de julio de 1989.

⁴²⁴ Observaciones escritas del Gobierno de Costa Rica, párr. 11.

⁴²⁵ Observaciones escritas del Gobierno de los Estados Unidos y Venezuela, párr. 12 y 15, respectivamente. En este orden de ideas, Argentina ha señalado que la Corte IDH “es incompetente, *ratione materiae*, para interpretar o aplicar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en un caso contencioso”, Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Alegatos del Estado, párr. 47. En el mismo sentido, el Comisionado Freddy Gutiérrez ha sostenido que “no existe doctrina de aceptación universal ni tampoco jurisprudencia pacífica sobre la Declaración, habida cuenta de que por definición, se trata de la adhesión a unos valores y principios generales, e importantes, pero contenidos en normas imperfectas, que no establecen sanciones y que en consecuencia, se relativiza el compromiso mayor o menor de los Estados en la asunción de la enunciación de los derechos consagrados”, en CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2007*, 29 de diciembre 2007, Capítulo IV. Voto razonado por el Comisionado Freddy Gutiérrez, párr. 3.

propia Convención para los Estados Partes, contribuyendo con ello a la promoción de los Derechos Humanos en nuestro Continente”;⁴²⁶ y (d) la de los Estados que consideran que la Declaración Americana es “un instrumento multilateral vinculante que enuncia, define y concreta, principios fundamentales reconocidos por los Estados Americanos y que cristaliza normas de derecho consuetudinario generalmente aceptadas por dichos Estados”.⁴²⁷

Como podemos observar, las posiciones estatales oscilan entre la aceptación de que la Declaración Americana se ha convertido en un instrumento jurídicamente vinculante para los Estados americanos, ya sea por la vía de considerarla directamente igual de obligatoria como el Pacto de San José gracias a su incorporación a la Carta de la OEA o mediante su consideración como derecho consuetudinario, y las que la consideran una simple declaración de principios solamente exigible en el ámbito moral y político pero no jurídico, pasando por una posición intermedia que reconoce que algunas de sus disposiciones pueden haber adquirido el valor jurídico de la costumbre internacional pero sin que pueda ser objeto de interpretación por parte del tribunal interamericano.

Evidentemente, la importancia de determinar si la Declaración Americana tiene fuerza vinculante radica en que es un instrumento integrador de todos los derechos humanos, por lo que independientemente de la vía que nos lleve a establecer su valor jurídico, las posibilidades de exigibilidad de los derechos allí contenidos –especialmente de los económicos, sociales y culturales-, permiten observar un panorama más alentador de cara a la protección efectiva de los mismos, sobre todo en un continente donde un gran porcentaje de la población carece de las condiciones mínimas para vivir dignamente.

⁴²⁶ Observaciones escritas del Gobierno del Perú, párr. 13.

⁴²⁷ Observaciones escritas del Gobierno del Uruguay, párr. 14.

Sobre esta base, en primer lugar es sostenible afirmar que la Declaración Americana tiene efectos vinculantes, dado que quedó incorporada a la Carta de la OEA mediante el Protocolo de Buenos Aires de 1967 en el que el artículo 150 establece que en tanto “no entre en vigor la convención interamericana sobre derechos humanos a que se refiere el capítulo XVIII, la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos”, que no son otros que los contenidos en la Declaración Americana; además, esta referencia a la CIDH al reconocerla como un órgano de la OEA con base convencional, le otorga legitimidad institucional frente a los Estados de cara a la promoción y protección de los derechos humanos en el continente. Por tanto, la práctica de la CIDH desarrollada desde su creación en 1959 hasta 1967 en que se da la reforma y todo el marco normativo que la rodea –su Reglamento y su Estatuto– quedaron incorporados integralmente a la Carta de la OEA con su consecuente obligatoriedad.⁴²⁸

En este sentido, si tomamos en cuenta que el artículo 2 de su Estatuto define como derechos humanos a los consagrados en la Declaración Americana, parece evidente suponer, por un lado, que a través de la incorporación del Estatuto de la CIDH a la Carta de la OEA la Declaración Americana queda integrada al derecho

⁴²⁸ El Comisionado Freddy Gutiérrez ha mostrado su oposición a considerar obligatorio el Reglamento de la CIDH, ya que para él, tal documento “es por su naturaleza un acto sub-legal que compromete a los Comisionados en el desenvolvimiento de sus tareas y oficios, pero que jamás podría entenderse como una norma internacional fundada en el *Pacta Sunt Servanda* y por tanto, de cumplimiento obligatorio por parte de los estados celebrantes de la Convención Americana. Incluso, es inexplicable e incomprensible en la inteligencia del derecho que mediante Reglamento, resoluciones o directivas de naturaleza sub-legal se creen deberes, derechos y hasta sanciones para los estados que no han pactado su contenido. Es preciso destacar que los estados han sido celebrantes de la Convención Americana y también de su Estatuto, y en consecuencia están obligados por lo que han pactado, pero no pudieran obligarse por lo que válidamente no han pactado. Este es el caso del Reglamento, cuyo contenido no ha sido conocido, discutido ni ratificado por los estados miembros de la organización hemisférica”, en CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2007... op. cit.*, Voto razonado por el Comisionado Freddy Gutiérrez, párr. 3.

internacional convencional;⁴²⁹ y por otro, que la Carta reformada de la OEA “reconoció el carácter normativo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como una norma para juzgar las actividades relacionadas a los derechos humanos de todos los Estados Miembros de la OEA”,⁴³⁰ que sin duda incluye a los derechos económicos, sociales y culturales. En consecuencia, no sólo la CIDH sino la propia Declaración Americana tienen una base jurídica sólida en la propia Carta de la OEA, gracias al Protocolo de Buenos Aires que reforma a esta última.⁴³¹

Y en segundo lugar, se puede considerar que las disposiciones de la Declaración Americana han adquirido la fuerza vinculante de la costumbre interamericana que consiste en una práctica seguida por los sujetos del derecho internacional americano y generalmente aceptada por éstos como derecho, pues si tomamos en cuenta que del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional se desprende que la costumbre está formada por (a) un elemento material (elemento de la práctica repetida) que consiste en la repetición de actos o de la práctica constante de los sujetos de derecho internacional mediante los cuales aceptan la fuerza vinculante de una disposición, y (b) un elemento formal u *opinio iuris seu necessitatis* (elemento de obligatoriedad jurídica de la conducta realizada) que permite reconocer o tener la convicción de que dichos actos o práctica obligan jurídicamente a los sujetos involucrados, ya que impone obligaciones y atribuye derechos concretos,⁴³²

⁴²⁹ BUERGENTHAL, Thomas, GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990, pp. 81-82.

⁴³⁰ BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert E., y SHELTON, Dina, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1990, pp. 39-40.

⁴³¹ AYALA CORAO, Carlos, “El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 5, Nº 8, Madrid, 2000, p. 46.

⁴³² DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 15ª ed., 2005, pp. 130-134; MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *Derecho Internacional Público... op. cit.*, pp. 253-277.

resulta evidente que los Estados americanos y los órganos del Sistema Interamericano han asumido la existencia de una práctica generalmente aceptada en relación con la obligatoriedad jurídica de la Declaración Americana, ya que, sobre todo, han tratado las violaciones de los derechos humanos contenidos en ella como transgresiones a una norma del derecho internacional.⁴³³

Para reafirmar todo lo anterior, hay que comenzar señalando que la CIDH ha utilizado de manera constante las disposiciones de la Declaración Americana para determinar si los Estados miembros de la OEA las cumplen y si han existido violaciones a los derechos humanos reconocidos en ella, práctica que ha sido aceptada por todos los Estados hasta el punto de autorizarla expresamente a recibir y tramitar peticiones individuales que aleguen dichas violaciones. De este modo, mediante la Resolución XXII titulada “Ampliación de las facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” que fue adoptada en la II Conferencia Interamericana Extraordinaria en 1965, los Estados ratificaron la competencia de la CIDH para velar por la observancia de los derechos humanos en el continente y decidieron ampliar sus atribuciones en el sentido de facultarle para que examine las comunicaciones que le sean sometidas y cualquier otra información disponible, para que se dirija al Gobierno de cualquiera de los Estados americanos con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y para que les formule recomendaciones, cuando lo considere apropiado, con el fin de hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos.⁴³⁴

⁴³³ Se sostiene que “como consecuencia de las características propias del Derecho internacional de los derechos humanos, para establecer el valor jurídico internacional de la práctica de los Estados con respecto a la Declaración Americana, lo decisivo no es tanto el grado de respeto a sus disposiciones, sino más bien si las violaciones a las mismas son tratadas como infracciones a una regla de Derecho internacional”, en NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos... op. cit.*, p. 290.

⁴³⁴ “Official Documents. Second Special Inter-American Conference. Río de Janeiro, Brazil, November 17-30, 1965. Resolutions”, obtained y prepared by R. R. Baxter, in *The American Journal of International Law*, Vol. 60, N° 2, April 1966, pp. 458-460.

Estas atribuciones ampliadas fueron incorporadas por la CIDH en su Estatuto durante su decimotercer período de sesiones celebrado en México, D.F. en abril de 1966 y además modificó su Reglamento “a fin de ajustarlo y adoptarlo al ejercicio de las nuevas facultades previstas en su Estatuto, especialmente, en lo que respecta al examen y trámite de las comunicaciones o reclamaciones que le sean dirigidas respecto de violaciones de los derechos humanos en los países americanos”.⁴³⁵

En virtud de lo anterior, el artículo 1 del Estatuto de la CIDH expresa claramente que una de sus funciones es “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” consagrados en la Declaración Americana en relación con los Estados que no han ratificado el Pacto de San José, prestando particular atención –de acuerdo a la Resolución XXII antes mencionada-, al derecho a la vida, la libertad, la seguridad e integridad (art. I), igualdad ante la ley (art. II), libertad religiosa y de culto (art. III), libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (art. IV), acceso a la justicia (art. XVIII), protección contra la detención arbitraria (art. XXV) y derecho a un proceso regular (art. XXVI). Esta “particular atención” a tales derechos no debe ser entendida como una restricción a la función de la CIDH para observar el respeto de otros derechos contenidos en la Declaración Americana, especialmente los de carácter económico, social o cultural, pues hay que recordar que en el momento en que se aprobó la Resolución XXII (1965) muchos gobiernos latinoamericanos se caracterizaban por su autoritarismo y totalitarismo, razón por la cual los derechos mencionados en dicha resolución contingentemente necesitaban mayor atención debido a su violación sistemática, pero ello no puede constituirse en un obstáculo para que la CIDH observe el cumplimiento de todos los derechos contenidos en la Declaración Americana.⁴³⁶

⁴³⁵ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1974*, 30 diciembre 1974, Sección I, C., punto 2.

⁴³⁶ SALVIOLI, Fabián, “El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos”, en Corte IDH, *Memoria del Seminario El Sistema Interamericano*

Así lo ha demostrado la propia práctica de la CIDH, mediante la cual ha ampliado su vigilancia a otros derechos distintos a los señalados por la Resolución XXII, como es el caso del derecho a la preservación de la salud y al bienestar (art. XI),⁴³⁷ el derecho a la constitución y a la protección de la familia (art. VI), el derecho al trabajo y a una justa retribución (art. XIV) y el derecho al descanso y a su aprovechamiento (art. XV),⁴³⁸ cuyas violaciones la CIDH consideró que habían generado la responsabilidad internacional de los respectivos Estados infractores.

Normativamente, las actuaciones de la CIDH para conocer la violación de otros derechos de la Declaración Americana distintos a los señalados por tal resolución, descansan (a) sobre el artículo 1 de su Estatuto que establece que ha sido creada para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos contenidos en el Pacto de San José y en la Declaración Americana, (b) sobre el artículo 23 de su Reglamento que la faculta para recibir peticiones referentes a la presunta violación de los derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana, en el Pacto de San José y otros instrumentos interamericanos, y (iii) sobre el artículo Art. 49 de su Reglamento que señala que la CIDH “recibirá y examinará la petición que contenga una denuncia sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre con relación a los Estados miembros de la Organización que no sean partes

*de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2ª ed. 2003, p. 687, nota 29. En el mismo sentido se manifiesta Cerna, pues al ser la Declaración un todo normativo, todas las normas en ellas deben ser objeto de control por parte de la CIDH y no sólo los derechos listados en la Resolución XII, en CERNA, Christina, “The Inter-American Commission on Human Rights: its organization and examination of petitions and communications”, in HARRIS, David and LIVINGSTONE, Stephen (Eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 77.*

⁴³⁷ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985*, 01 de octubre de 1985, Capítulo III. Resolución N° 12/85, Caso 7615 vs. Brasil, punto resolutivo 1.

⁴³⁸ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977*, 20 abril 1978, Capítulo III. Caso 1802 (Paraguay), punto resolutivo 2.

en la Convención Americana sobre Derechos Humanos". En este punto es importante resaltar que el artículo 27 de su Reglamento también la faculta para tomar "en consideración las peticiones sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables, con relación a los Estados miembros de la OEA, solamente cuando llenen los requisitos establecidos en tales instrumentos, en el Estatuto y en el presente Reglamento". En este sentido, con la entrada en vigor de la Convención Americana, la CIDH asume una dualidad de funciones en virtud de las fuentes que la sustentan, el Pacto de San José para los Estados Partes en la misma y la Declaración Americana para los Estados miembros de la OEA pero que no son partes del primero. Sobre esto volveremos más adelante.

Por tanto, del análisis de la práctica de la CIDH se puede sostener que tanto en sus informes anuales como en los especiales ha hecho un uso reiterado de la Declaración Americana para señalar que ciertos Estados no han cumplido con sus obligaciones internacionales al contravenir algunas disposiciones de dicho instrumento, y ha recomendado a tales Estados tomar las medidas necesarias para tutelar efectivamente algunos de los derechos consagrados en la Declaración Americana.⁴³⁹ En este sentido, es evidente que la CIDH ha entendido "que las violaciones a la Declaración constituyen un quebrantamiento del Derecho internacional. Esta práctica unificadora de la Comisión no recibió ninguna objeción

⁴³⁹ Véase, entre otros, CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, 25 octubre 1974; *Íd.*, *Segundo informe sobre la situación de los presos políticos y sus familiares en Cuba*, 7 mayo 1970; *Íd.*, *Informe de la Comisión Interamericana sobre la condición de la mujer en las Américas*, 13 octubre 1998. En un caso reciente, la CIDH consideró que el Estado en cuestión era responsable de la violación de los artículos I, XXV y XXVI de la Declaración Americana, en CIDH, *Informe N° 78/07. Caso 12.265. Fondo. Chad Roger Goodman (Bahamas)*, 15 de octubre de 2007. VI. Conclusiones finales, párr. 89; ver también, entre otros, *Íd.*, *Informe N° 79/07. Caso 12.513. Fondo. Prince Pinder (Bahamas)*, 15 de octubre de 2007. V. Conclusiones, párr. 41.

por parte de los Estados miembros de la OEA”,⁴⁴⁰ al contrario, dicha práctica ha sido aceptada, ratificada y fortalecida por la comunidad interamericana.

Los argumentos anteriores dan base suficiente para sostener que mediante el reconocimiento institucional aludido y la subsecuente práctica de los Estados del continente, la Declaración Americana ha adquirido cierta fuerza normativa. Pero también hay que reconocer que con la entrada en vigor del Pacto de San José, la Declaración Americana ha perdido centralidad y relevancia, lo cual se ve reflejado en el hecho de que entre 1978 y 1982 la CIDH recibió y consideró un número importante de comunicaciones sobre supuestas violaciones de algunos derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Declaración Americana, pero desde ese tiempo el Pacto de San José la ha reemplazado en el trabajo realizado por la CIDH y consecuentemente, el número de comunicaciones sobre estos derechos ha decrecido. Pese a ello, la Declaración Americana tiene una particular importancia por los derechos humanos que contiene y por expresar como ningún otro instrumento, los conceptos de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.⁴⁴¹

No obstante, aunque los ejemplos anteriores nos muestran que la CIDH ha admitido la fuerza obligatoria de la Declaración Americana, se debe admitir que su práctica no ha sido del todo consistente, puesto que la misma parece depender de la doble estructura institucional que caracteriza la protección de derechos humanos en el marco de la OEA, en el sentido de que su actuación es diferente si se trata de obligaciones derivadas de la Carta de la OEA o de las derivadas de la Convención

⁴⁴⁰ HAUSER, Denise, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre”... *op. cit.*, p. 133.

⁴⁴¹ CRAVEN, Matthew, “The protection of Economic, Social and Cultural Rights under the Inter-American System of Human Rights”, in HARRIS, David and LIVINGSTONE, Stephen (Eds.), *The Inter-American System... op. cit.*, pp. 292 y 295.

Americana, puesto que su el artículo 1.2 de su Estatuto le faculta para promover la observancia y la defensa de

- a. los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma;
- b. los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros.

De este modo, la CIDH ha señalado que primariamente las obligaciones internacionales de *todos* los Estados miembros de la OEA están sujetos a la Carta de la organización, pero como ya hemos visto, en materia de derechos humanos este instrumento no establece claramente cuáles son, razón por la cual tanto la Declaración Americana como el Pacto de San José y otros instrumentos interamericanos juegan un papel definidor de esos derechos y obligaciones que vagamente menciona la Carta de la OEA. En relación con la Convención Americana, es evidente que sería imposible importar a un Estado, por medio de una interpretación, una obligación internacional basada en dicho instrumento que no ha aceptado ni ratificado; no obstante, en relación con la Declaración Americana, como consecuencia de los artículos 3 j), 16, 51 e), 112 y 150 de la Carta de la OEA, sus disposiciones, el Reglamento y el Estatuto de la CIDH tienen fuerza obligatoria para esos Estados que no son partes en la Convención Americana, y cuyo cumplimiento queda bajo la vigilancia de la CIDH mediante los mecanismos establecidos en los artículos 49-50 y 56-58 de su reglamento, y artículos 18 y 20 de su estatuto.⁴⁴²

Lo ilustrado anteriormente nos confirma que la CIDH ha entendido que cuando un Estado miembro de la OEA no ha ratificado el Pacto de San José, se

⁴⁴² CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987*, 22 de septiembre de 1987, Capítulo III. Informe N° 3/87, Caso James Terry Roach y Jay Pinkerton vs. Estados Unidos, párr. 46-49; Íd., Resolución N° 23/81, Caso 2141 vs. Estados Unidos, 06 de marzo de 1981, párr. 31 y considerandos 15-17.

encuentra vinculado por la Declaración Americana y puede ser objeto de control por parte de ésta en caso de que existan posibles violaciones a uno de los derechos contenidos en dicho instrumento. Sin embargo, cuando se trata de un Estado que ha ratificado el Pacto de San José, la CIDH ha actuado de forma diferente en el sentido que no ha integrado las normas de la Declaración Americana junto con las del Pacto de San José.

Esta actuación se basa en el entendido de que la CIDH considera que una vez que el Pacto de San José entra en vigor en un Estado, éste y no la Declaración Americana se convierte en fuente primaria de derecho aplicable por ella, siempre que la petición se refiera a la presunta violación de derechos idénticos en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua.⁴⁴³ Por tanto, cuando un derecho cuya violación se alega está contenido tanto en el Pacto de San José como en la Declaración Americana, la protección de esta última queda subsumida a la protección del primero. De lo anterior pareciera desprenderse que cuando se trata de un derecho distinto que no está contenido explícitamente en el Pacto de San José, como algunos de los derechos económicos, sociales y culturales, la CIDH si es competente para recibir denuncias al respecto.

De cualquier forma, la posición de la CIDH al respecto ha sido cambiante puesto que, en un primer momento, interpretó lo dispuesto en su Estatuto de una manera *restrictiva* en el sentido señalado anteriormente, es decir, que sólo podía aplicar la Declaración a los Estados no partes en el Pacto de San José; así, ha señalado que

No es aceptable [...] interpretar como incorporados a la Convención ‘todos los derechos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por la vía

⁴⁴³ CIDH, Informe N° 03/01, Caso 11.670, Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros (Sistema Previsional) vs. Argentina, 19 de enero de 2001, párr. 41.

del Artículo 1º, inciso 2 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estén o no incorporados a aquella', pues esto no se aviene con las normas sobre interpretación de tratados del Artículo 31, inciso 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), de la cual la República Argentina es Estado Parte, ya que no existe acuerdo o instrumento formulado o concertado entre los Estados Partes en la Convención Americana a los efectos de hacer valer la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) como parte integrante de la Convención o suplementaria de la misma para los Estados Partes". Por tanto, "en cuanto a los Estados Partes en la Convención y para el caso que nos ocupa, la República Argentina, la CIDH solamente puede, conforme con su Reglamento (Art. 31), tomar en consideración las peticiones sobre presuntas violaciones de derechos humanos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El derecho al trabajo no está todavía incorporado a la Convención que no incluye los derechos económicos, sociales y culturales".⁴⁴⁴

Sin embargo, recientemente ha cambiado su posición y ha evaluado peticiones referentes a la supuesta violación de derechos reconocidos en la Declaración incluso por Estados que sí son partes en la Convención Americana, considerando que este último instrumento *complementa* a la primera. En este sentido, ha establecido que

La ratificación de la Convención por los Estados miembros, cuando menos, complementó, aumentó o perfeccionó la protección internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano, pero no significó su creación *ex novo*, ni extinguió la vigencia anterior y posterior de la Declaración Americana (...). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la cual el Estado argentino estaba y sigue estando obligado, contempla en sus Artículos I, XVIII y XXVI, el Derecho a la Seguridad e Integridad de la Persona, el Derecho de Justicia y el Derecho a Proceso Regular. Consecuentemente, los hechos denunciados configurarían violación de dichos Artículos.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988*, 16 de septiembre de 1988, Capítulo III. Informe sobre los casos N° 9777 y 9718 (Argentina), V. Conclusiones, párr. 6.

⁴⁴⁵ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991*, 22 febrero 1991, Capítulo III. Resolución N° 22/88, Caso 9850 vs. Argentina, Conclusiones. III., párr. 6-7.

En la misma línea, la CIDH también ha considerado en un caso concreto que aunque algunos derechos económicos, sociales y culturales contemplados en la Declaración Americana no se encuentren protegidos de manera específica por el Pacto de San José, ello no excluye su competencia *ratione materiae*, ya que en virtud del artículo 29 (d) de este último instrumento, ninguna de sus disposiciones pueden interpretarse en el sentido de excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana.⁴⁴⁶ Esta nueva posición de la CIDH representa un avance importante para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales respecto a su práctica anterior, no obstante, todavía es necesario que consolide una práctica constante de aceptación de peticiones relativas a los derechos reconocidos en la Declaración Americana que reafirme el hecho de que las obligaciones asumidas en virtud de ella Declaración Americana subsisten para todos los Estados, lo cual implica que puede y debe supervisar la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en dicho instrumento, incluso en relación con los Estados Partes en la Convención Americana sobre la base de sus obligaciones derivadas de la Carta de la OEA en materia de derechos humanos.⁴⁴⁷

También es importante resaltar que la CIDH ha establecido en su reglamento un conjunto de reglas procesales comunes para tramitar las denuncias individuales presentadas ante ella por la presunta violación de un derecho contenido en la Declaración Americana o en el Pacto de San José; es decir, la CIDH le otorga un tratamiento idéntico a los casos que conoce, independientemente de si derivan de una transgresión a uno u otro instrumento. Así, el artículo 50 de su Reglamento establece que

⁴⁴⁶ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000*, 16 de abril de 2001. Capítulo III. Informe N° 03/01, Caso 11.670. Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y Otros (Sistema Previsional) vs. Argentina. IV. A., párr. 41-42.

⁴⁴⁷ CRAVEN, Matthew, "The protection of Economic, Social and Cultural Rights under the Inter-American System of Human Rights" ... *op. cit.*, pp. 302 y 305.

El procedimiento aplicable a las peticiones referentes a Estados miembros de la OEA que no son partes en la Convención Americana será el establecido en las disposiciones generales contenidas en el Capítulo I del Título II; en los artículos 28 al 43 y 45 al 47 de este Reglamento.

Las disposiciones del capítulo I del título II señalan el camino a seguir en la tramitación de los casos presentados ante la CIDH por la supuesta violación de uno de los derechos reconocidos en la Convención Americana, con la excepción de la decisión de presentar el asunto ante la Corte IDH. De esta manera, tanto los casos por supuestas violaciones al Pacto de San José como las de la Declaración Americana comparten la etapa procesal relativa a los requisitos para la consideración de peticiones, la tramitación inicial, el procedimiento y decisión de la admisibilidad así como la formación del grupo de trabajo respectivo, el agotamiento de los recursos internos, el plazo para la presentación de peticiones, la duplicación de procedimientos y otras causales de inadmisibilidad, el desistimiento de la denuncia, el procedimiento, decisión, informe sobre el fondo del asunto y su publicación y seguimiento, la presunción de que los hechos denunciados son verdaderos ante el silencio del Estado infractor, la realización de las visitas *in loco* y el procedimiento de solución amistosa.

De este modo, la CIDH le asigna el mismo tratamiento tanto a las denuncias sobre probables violaciones del Pacto de San José como a las de la Declaración Americana, y la diferencia en la forma cómo termina el procedimiento radica en que ante una denuncia de violaciones a la Declaración Americana la CIDH sólo puede publicar el informe de fondo con sus pertinentes recomendaciones al Estado infractor, mientras que frente a una denuncia de violaciones al Pacto de San José puede (a) publicar el respectivo informe de fondo o (b) someter el caso ante la Corte IDH, tomando en cuenta la posición de las víctimas, tal como lo establece el artículo 44 de su Reglamento.

Por su parte, la Corte IDH ha reconocido que aunque la Declaración Americana no es un tratado, constituye una fuente de obligaciones internacionales en cuanto determina y define los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA. En este orden de ideas, ha determinado que para los Estados que no han ratificado el Pacto de San José (arts. 1.2. b y 20 del Estatuto de la CIDH), la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la OEA, una fuente de obligaciones internacionales; mientras que, para los Estados Partes en el Pacto de San José, la fuente concreta de sus obligaciones en materia de derechos humanos es, en principio, este último instrumento. No obstante, hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d) de la Convención Americana, los Estados Partes en ella no se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración Americana por el hecho de ser miembros de la OEA. En tal sentido, la circunstancia de que dicha declaración “no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto”.⁴⁴⁸ En este sentido, las obligaciones que genera la Declaración Americana para todos los Estados miembros de la OEA son “algo más que ‘deberes morales de comportamiento’”.⁴⁴⁹

Pese a la posición anterior, la Corte IDH todavía no ha integrado la Declaración Americana en el análisis de los derechos que ha conocido mediante casos concretos y tampoco ha establecido violaciones de carácter autónomo de los derechos contenidos en dicha declaración; más bien, ha señalado que sólo aplicaría de manera directa normas contenidas en tratados interamericanos que le atribuyan competencia

⁴⁴⁸ Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana... op. cit.*, párr. 45-47.

⁴⁴⁹ SALVIOLI, Fabián, “El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos”... *op. cit.*, p. 690.

para ello,⁴⁵⁰ con lo cual, no deja claro si el artículo 29, d) del Pacto de San José, el carácter fundante de la Declaración Americana en el Sistema Interamericano y su relación con la Carta de la OEA, y el Estatuto de la CIDH, son suficientes para que la Corte IDH “establezca de manera explícita o implícita una atribución para la determinación de responsabilidades por la violación de los derechos consagrados en la Declaración”.⁴⁵¹

A pesar de la falta de claridad y consistencia de los órganos del Sistema Interamericano de cara a la aplicabilidad de la Declaración Americana en todos los casos posibles, hay que reconocer que es un paso importante el hecho de que tanto la Corte IDH como la CIDH hayan dictaminado en varias ocasiones que pese a no haber sido adoptada como un tratado, en la actualidad constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA y que contiene y define aquellos derechos humanos a los que se refiere la Carta, por lo que no se puede interpretar y aplicar este último instrumento sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de dicha declaración.⁴⁵² De este modo, la Declaración Americana se ha constituido en un complemento indispensable de la Carta de la OEA y en el primer documento interamericano que establece con detalle un catálogo de derechos a ser protegidos -tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales- junto con los deberes correlativos, diseminados a lo largo de sus 38 artículos.

En tal sentido, no se puede ignorar que la Declaración Americana no sólo ha permitido a los Estados acordar cuáles son los derechos a que hace referencia la Carta

⁴⁵⁰ Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia. Excepciones preliminares*, Sentencia de 04 de febrero de 2000, párr. 32-33.

⁴⁵¹ KRSTICEVIC, Viviana, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”, en Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Ed.), *Construyendo una Agenda para la justiciabilidad... op. cit.*, p. 166.

⁴⁵² Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana... op. cit.*, párr. 43.

de la OEA, sino que también ha servido como base jurídica de la actuación de la CIDH en sus diferentes funciones de protección; y por tanto, ha adquirido un carácter vinculante y se ha constituido “en una herramienta clave para la protección de los derechos humanos en el continente americano [y] posee un potencial valioso que no ha sido explotado suficientemente dentro de la OEA en lo que se refiere a la fundamentación y aplicación de aquella frente a violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales”.⁴⁵³

En virtud de todo lo anterior, podemos afirmar que aunque de conformidad con la voluntad de quienes adoptaron la Declaración Americana en 1948, ella no tenía fuerza vinculante, ya que su texto fue aprobado sin seguir el procedimiento de formación de los tratados y se manifestó la intención de que no establecía una fuente de obligaciones internacionales, el desarrollo progresivo que ha tenido la protección de los derechos humanos en América permite sostener que la Declaración Americana se ha constituido en un instrumento de carácter vinculante. Por tal razón, para analizar su verdadero valor y significado es necesario hacerlo no a la luz de lo que en 1948 se pensaba, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el Sistema Interamericano, considerando la evolución que ha experimentado el derecho americano de derechos humanos durante los últimos 60 años desde la adopción de la Declaración Americana.⁴⁵⁴

Gracias a esta evolución progresiva puede derivarse que la Declaración Americana (a) ha quedado incorporada a la Carta de la OEA y que (b) reúne todas las características señaladas por el artículo 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional en el sentido de consagrarse como una práctica consuetudinaria en el seno de la OEA.

⁴⁵³ SALVIOLI, Fabián, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”... *op. cit.*, pp. 107-108.

⁴⁵⁴ Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana...* *op. cit.*, párr. 37.

En relación con lo primero, se debe ratificar que la Declaración Americana no es posterior a la Carta de la OEA sino que fue adoptada en la misma conferencia en que se aprobó esta última, y cuando se suscribió el Protocolo de Buenos Aires habían pasado casi 20 años desde la adopción de dicha declaración y 8 desde la creación de la CIDH, por lo que al momento en que los Estados ratificaron estos instrumentos “estaban en conocimiento de las definiciones contenidas en la Declaración”, de modo que sería inconcebible que “las menciones a los derechos humanos que se encuentra en la Carta de la OEA no tuvieran como referencia el contenido de la Declaración Americana”. Tampoco sería sostenible afirmar que el Protocolo de Buenos Aires hubiera hecho abstracción tanto de la propia Declaración como de los trabajos preparatorios.⁴⁵⁵

Y en referencia a lo segundo, la afirmación del carácter consuetudinario de la Declaración Americana está sustentada por (a) la práctica reiterada de la CIDH en la aplicación de la misma, y el firme establecimiento de su competencia con amplias atribuciones para examinar las violaciones a dicha declaración que pudieran producirse en los países del continente; por (b) la aprobación estatal de dicha práctica en el sentido de que la CIDH la desarrolló desde sus inicios sin la oposición de los Estados americanos; y por (c) la *opinio juris* de los Estados que mediante diversas manifestaciones han aprobado la práctica de la CIDH y han reconocido la importancia de su papel en la protección de los derechos humanos en el continente, ya sea en el marco de la Declaración Americana o en el del Pacto de San José.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos... op. cit.*, pp. 284-287.

⁴⁵⁶ Por poner un par de ejemplos, recientemente la Asamblea General de la OEA ha reconocido una vez más el importante papel de los órganos del Sistema Interamericano en la promoción y protección de los derechos humanos en el continente, y ha vuelto a destacar su contribución al fortalecimiento de los sistemas nacionales de derechos humanos y del Estado de derecho (AG/RES. 2420 XXXVIII-O/08); a su vez, ha expresado su conformidad con el reconocimiento que han hecho tanto la Corte IDH como la CIDH acerca de que la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA, ya que es uno de los instrumentos

Aunado a ello, la adopción del Protocolo de Buenos Aires que reformó la Carta de la OEA implicó “la cristalización de los artículos de la Declaración Americana a que se refiere la Resolución XXII como Derecho consuetudinario, si es que no puede considerarse como el reconocimiento implícito de una costumbre internacional preexistente”, ya que, como hemos visto, el artículo 150 de la Carta reformada hace referencia a la CIDH como el órgano encargado de velar por la observancia de los derechos mientras entrase en vigor el Pacto de San José. Esta referencia a la CIDH debe ser entendida institucionalmente, es decir, que comprende a toda la organización, su normativa y sus prácticas mantenidas hasta ese momento, que en definitiva permite sostener que con el Protocolo de Buenos Aires los Estados aprobaban la práctica de la CIDH en el sentido de “que daba a las violaciones a la Declaración Americana el tratamiento correspondiente a una violación del Derecho internacional”. Por tanto, se puede concluir que dentro del ámbito de la OEA lo que se encomendó a la CIDH fue que velara por el respeto a la Declaración Americana, “lo que en definitiva expresa concretamente la *opinio juris* respecto de ésta, puesto que no habría tenido sentido que una convención internacional, como es la Carta de la OEA, encargara a uno de los órganos permanentes de ésta de ‘velar por la observancia’ de los derechos contenidos en la Declaración, si los Estados Partes en esa convención no hubieran considerado que dichos derechos debían ser obligatoriamente respetados”.⁴⁵⁷

Bajo estos parámetros, podemos concluir que tanto para la CIDH como para la Corte IDH, la Declaración Americana constituye “*un compromiso legal indirecto* para

fundamentales del Sistema Interamericano, razón por la cual ha instado a todos los Estados miembros a que continúen garantizando su efectiva aplicación e intensifiquen las actividades encaminadas a su promoción. (AG/RES. 2361 XXXVIII-O/08).

⁴⁵⁷ NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos... op. cit.*, pp. 300-302.

todos los Estados miembros de la OEA, por intermedio de la Carta de la OEA”,⁴⁵⁸ como consecuencia de que *progresivamente* ha adquirido un carácter obligatorio para todos los Estados americanos en virtud (a) de su aplicación reiterada por parte de la CIDH; (b) de la asumida actitud de los Estados y de los órganos del Sistema Interamericano en cuanto a que la inobservancia de la Declaración Americana provoca la responsabilidad internacional del Estado infractor y constituye una violación al principio de *bona fide* en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales; (c) de que la propia Asamblea General de la OEA ha reconocido reiteradamente que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la organización; y (d) del reconocimiento de la obligación estatal de reparar a las víctimas de violaciones a los derechos contenidos en la Declaración Americana.⁴⁵⁹

En virtud de todo lo anterior, es posible derivar dos vías importantes para denunciar la violación de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Americana; por un lado, una vía directa contra los 11 Estados miembros de la OEA que no han ratificado el Pacto de San José pero que se encuentran vinculados jurídicamente por la Declaración Americana; y por otro lado, una vía indirecta contra los 24 Estados que han ratificado el Pacto de San José mediante la remisión establecida en el artículo 26 y a través de la interpretación del artículo 29 de dicho instrumento. Sobre esto volveremos más adelante.

Por ello, es preciso que las organizaciones de la sociedad civil, las víctimas y los abogados litigantes sigamos insistiendo en la presentación de casos relativos a violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Declaración Americana en relación con las normas económicas, sociales y culturales

⁴⁵⁸ MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, p. 27.

⁴⁵⁹ SALVIOLI, Fabián, “El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos”... *op. cit.*, p. 693.

de la Carta de la OEA, con el artículo 26 del Pacto de San José y con otros instrumentos interamericanos, con el fin de activar una interpretación más extensiva por parte de la CIDH y de la Corte IDH, en virtud del carácter progresivo de la protección internacional de los derechos humanos.

1.2. La necesidad de adoptar una Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Aunque la Convención Americana no fue adoptada hasta 1969, debemos recordar que la necesidad de contar con una convención sobre derechos humanos en el continente se remonta a 1945 cuando mediante la Resolución XL, la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz se le encomendó al Comité Jurídico redactar un borrador de declaración de derechos humanos que debía ser adoptada en forma de convención, lo cual, como hemos visto, no se llevó a cabo en la IX Conferencia Interamericana de 1948.

Por otro lado, cuando la IX Conferencia le encargó al Consejo de Jurisconsultos elaborar por sí mismo o mediante el Comité Jurídico un proyecto de estatuto de una corte destinada a garantizar los derechos humanos en el continente, éste señaló la necesidad de preparar previamente un proyecto de convención, ya que desde el inicio de sus deliberaciones fue de la opinión unánime que la elaboración de dicho estatuto era prematuro y técnicamente impracticable debido a dos grandes obstáculos: (a) La inexistencia de un derecho positivo sustantivo que dicha corte pudiera aplicar y (b) la dificultad de conciliar la autonomía de los Estados en materia judicial respecto de su derecho interno con la suprema jurisdicción de un tribunal internacional.⁴⁶⁰

⁴⁶⁰ FREEMAN, Alwyn V., "The First Meeting of the Inter-American Council of Jurists", in *The American Journal of International Law*, Vol. 44, N° 2, April 1950, pp. 380-381.

Tres años después, la IV Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores del continente ratificó la necesidad de contar con una convención sobre derechos humanos que vinculara a los Estados americanos y que se constituyera en la base jurídica sustantiva del trabajo de aplicación e interpretación de un futuro tribunal interamericano. En este sentido, resolvieron nuevamente

2. Encomendar al Consejo Interamericano de Jurisconsultos que, como una contribución técnica a los fines previstos en el párrafo anterior, elabore proyectos de convención y de otros instrumentos; y para ello encomendar también al Comité Jurídico Interamericano que realice los estudios preliminares respectivos, los cuales presentará a dicho Consejo en su próxima reunión.⁴⁶¹

Sin embargo, no fue hasta la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA en que se dieron resultados más concretos y viables en esta materia, ya que para ratificar el interés de contar con un instrumento interamericano de derechos humanos vinculante y efectivo, (a) se creó la CIDH con el encargo de promover el respeto de los derechos humanos contenidos en la Declaración Americana y en el futuro instrumento convencional; (b) se encomendó al Consejo de Jurisconsultos que en su IV Reunión elaborase un proyecto de Convención sobre derechos humanos, pasando el encargo, si no lo hiciera, al Consejo de la Organización de los Estados Americanos, quien podía comisionar tal responsabilidad al Comité Jurídico o a la entidad que estimara conveniente; y (c) también se recomendó la elaboración de un “proyecto o proyectos de convención sobre la creación de una Corte Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos”,

⁴⁶¹ Acta Final de la IV Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. Washington, D. C., 26 de marzo al 07 de abril de 1951. Serie sobre Conferencias y Organismos N° 13, Departamento Jurídico y de Organizaciones Internacionales. Unión Panamericana, Washington, D. C., 1951, Resolución VII. Fortalecimiento y ejercicio de la democracia, p. 168.

los cuales debían ser sometidos a la XI Conferencia Interamericana para una decisión sobre la materia.⁴⁶²

En su IV reunión celebrada en la misma ciudad de Santiago, Chile, inmediatamente después de la V Reunión de Consulta (24 de agosto a 09 de septiembre de 1959) y con una rapidez que no es muy común en el trabajo de las organizaciones intergubernamentales de este tipo, el Consejo de Jurisconsultos preparó y decidió, mediante la Resolución XX, transmitir al Consejo de la OEA un proyecto de convención sobre derechos humanos, con el cual trató de lograr lo que ni los esfuerzos normativos anteriores de la ONU y del Consejo de Europa habían conseguido: incorporar en un único instrumento disposiciones sustantivas relativas a los derechos económicos, sociales y culturales, así como a los derechos políticos y civiles, con sus respectivas disposiciones de procedimiento para su cumplimiento.⁴⁶³

1.2.1. Los distintos proyectos de Convención Americana.

Como ya hemos visto, aunque la Convención Americana no se adoptó hasta el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978, fecha en que Granada depositó el 11º instrumento de ratificación en la Secretaría General de la OEA, desde 1945 se habían adoptado varias resoluciones en diferentes conferencias y reuniones interamericanas en las que se expresaba el interés en elaborar una convención de derechos humanos; sin embargo, los progresos alcanzados para lograr tal fin estuvieron condicionados por varias razones, sobre todo, por la renuencia de muchos Estados miembros de la OEA a aceptar obligaciones internacionales en un campo que ellos consideraban un asunto primordialmente de competencia nacional.

⁴⁶² Acta Final de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959. Unión Panamericana. Secretaría General de la OEA, Washington, D. C., 1960, Resolución VIII. Derechos Humanos, puntos I, 1-2 y II, p. 209.

⁴⁶³ CABRANES, José A., "The Protection of Human Rights by the Organization of American States", in *The American Journal of International Law*, Vol. 62, N° 4, October 1968, p. 897.

En virtud de la Resolución VIII adoptada en la V Reunión de Consulta, el Consejo de Jurisconsultos preparó y presentó un borrador de convención sobre derechos humanos para ser considerado por la XI Conferencia Internacional de Estados Americanos a celebrarse en Quito en el año de 1960; en la elaboración de esta propuesta se tomó en cuenta la experiencia y la doctrina relevante del sistema europeo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante el Convenio Europeo) y el trabajo de ONU relativo a la elaboración y adopción de los dos pactos internacionales de derechos humanos. Este borrador fue aprobado el 08 de septiembre de 1959 y a diferencia de los sistemas anteriores, incorporó ambas categorías de derechos así como los mecanismos para protegerlos y promoverlos. No obstante, las vicisitudes políticas y las numerosas tareas urgentes relacionadas con las reformas a la Carta de la OEA hicieron imposible la celebración de la XI Conferencia, lo cual provocó que el borrador de convención preparado por el Consejo de Jurisconsultos no pudiera ser considerado por el máximo órgano de gobierno de la OEA, sino que se tuvieron que esperar 5 años para que fuera discutido por la II Conferencia Interamericana Extraordinaria reunida en Río de Janeiro en 1965. Una de las principales razones para celebrar esta conferencia extraordinaria era el interés de la comunidad interamericana por adoptar más medidas efectivas para garantizar la observancia y protección de los derechos humanos en el hemisferio, lo cual refleja la voluntad política existente en ese momento para hacer algo verdaderamente constructivo en esta materia.⁴⁶⁴

Evidentemente, entre 1959 (elaboración del borrador de convención) y 1965 (celebración de la II Conferencia Extraordinaria), pasaron varios años en los que sucedieron nuevos eventos y se adquirió mayor experiencia en el terreno de los

⁴⁶⁴ GARCÍA BAUER, Carlos, "The observance of Human Rights and the structure of the system for their protection in the western hemisphere", in *The American Journal of International Law*, Vol. 30, N° 5, 1980-1981, pp. 15-16.

derechos humanos, razón por la cual fue necesario modificar el borrador de convención para actualizarlo. Así, durante la II Conferencia Extraordinaria los Gobiernos de Chile y de Uruguay presentaron sus propios borradores de convención con modificaciones importantes en relación con el propuesto por el Consejo de Jurisconsultos; debido al limitado tiempo de la II Conferencia para estudiar estos cambios, a través de la Resolución XXIV decidió enviar al Consejo de la OEA el borrador preparado por el Consejo de Jurisconsultos junto con los borradores presentados por Uruguay y Chile, y las minutas de los debates respectivos, para que éste, en un período no mayor de 1 año y escuchando previamente la opinión de la CIDH y de otros órganos interesados, realizara las enmiendas necesarias al borrador preparado por el Consejo de Jurisconsultos con el objeto de actualizarlo y completarlo; una vez revisado, el borrador debía ser enviado a los gobiernos americanos para que presentaran sus propias observaciones y recomendaciones en un período de 3 meses, para luego convocar una conferencia interamericana especializada en donde se consideraría el referido borrador y se decidiría la aprobación y firma de una convención sobre derechos humanos. La CIDH preparó un estudio dividido en dos partes en el que presentó sus respectivos comentarios y enmiendas, el cual fue adoptado como documento de trabajo por el Consejo de la OEA en su reunión del 02 de octubre de 1968.⁴⁶⁵

Finalmente, cuando el Consejo de la OEA comenzó el estudio del proyecto de convención, el 16 de diciembre de 1966 la ONU aprobó y abrió a firma y ratificación los dos pactos internacionales de derechos humanos –el PIDCP y el PIDESC-,⁴⁶⁶ los cuales ya habían sido firmados por 4 miembros de la OEA (Colombia, Costa Rica, Honduras y Uruguay); esta situación hizo que el 07 de junio de 1967 el Consejo de la

⁴⁶⁵ MONROY CABRA, Marco Gerardo, "Rights and duties established by the American Convention on Human Rights", in *American University Law Review*, Vol. 30, N° 21, 1981, pp. 22-23.

⁴⁶⁶ Asamblea General de la ONU, 21° período de sesiones. Resolución 2200 (XXI), 1496ª Sesión plenaria, 16 de diciembre de 1966, sección A, 1, a), b), c), pp. 53-66.

OEA consultara a los Estados miembros tres cuestiones importantes: (a) si los Estados de la OEA, en vista de la aprobación de esos dos instrumentos de la ONU, todavía deseaban establecer una convención regional sobre derechos humanos; (b) si la repuesta a lo anterior era afirmativa, ¿qué debería cubrir la convención americana; y (c) si la convención debería limitarse a establecer un sistema americano institucional (incluyendo la CIDH y eventualmente un tribunal regional) y procedimental para la protección de los derechos reconocidos. Sobre la primera cuestión, 10 de los 12 Estados miembros fueron de la opinión que debía continuarse con la preparación de una convención americana que se pudiera coordinar con los pactos aprobados por la ONU (Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela); los 2 Estados restantes se opusieron a ello, (Brasil y Argentina), ya que consideraban, tal como lo señaló Brasil, que los pactos de la ONU ya establecían un único sistema universal para la regulación de los derechos humanos. Respecto a la segunda cuestión, los Estados discrepaban considerablemente; 5 Estados –Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Venezuela- pensaban que la convención interamericana no debía establecer un sistema institucional y procedimental, sino sólo normas sustantivas. 2 Estados –Chile y Uruguay- creían que la convención debía establecer simplemente un sistema institucional y procedimental. Por su parte, México y Estados Unidos no tenían una posición definida al respecto.⁴⁶⁷

La CIDH, por su parte, en su XVIII período de sesiones concluyó que era perfectamente posible la coexistencia de los dos pactos de la ONU y una convención americana que debía ser autónoma pero coordinada con tales instrumentos. La CIDH asumió esta posición en virtud de que el Protocolo de Buenos Aires que reformó a la Carta de la OEA, hacía mención expresa en su artículo 112 de la necesidad de

⁴⁶⁷ GARCÍA BAUER, Carlos, "The observance of Human Rights and the structure of the system for their protection in the western hemisphere" *...op. cit.*, p. 18.

elaborar una convención interamericana sobre derechos humanos, por lo que la OEA no podía desentenderse de la obligación de constituir un mecanismo adecuado para la protección de los derechos humanos en el continente, el cual “no puede establecerse con la necesaria efectividad sino es celebrando una Convención Interamericana, como se ha proyectado”.⁴⁶⁸ A la luz de todas estas respuestas, el Consejo de la OEA continuó con los trabajos preparatorios de la convención y con sus planes de convocar a una conferencia especializada.

Es preciso resaltar que los tres proyectos de convención –el del Consejo de Jurisconsultos, el de Chile y el de Uruguay- incluían artículos detallados tanto de derechos civiles y políticos como de derechos económicos, sociales y culturales, no obstante, los mecanismos de implementación para cada categoría de derechos eran diferentes. Así, el proyecto del Consejo de Jurisconsultos constaba de 88 artículos diseminados a lo largo de 6 partes, la primera de las cuales constaba de 33 artículos que reconocían los derechos a ser garantizados, y que a su vez estaba dividida en dos capítulos: el primero que va del artículo 2 al 19 formulaba una serie de derechos civiles y políticos, y el segundo que va del artículo 20 al 33 enumeraba los derechos económicos, sociales y culturales.⁴⁶⁹

En cuanto a la protección de estos últimos derechos, este borrador contenía en su tercera parte un capítulo (II) que va de los artículos 58 al 64 estableciendo como mecanismos, entre otros, los informes, estudios e investigaciones, suministro de asistencia técnica, reuniones regionales, publicidad de las medidas adoptadas. Por su parte, el proyecto del Gobierno de Chile contenía en su parte segunda dos capítulos, el primero que va de los artículos 4 al 22 enumeraba un conjunto de derechos civiles

⁴⁶⁸ GARCÍA BAUER, Carlos, “La proyectada Convención Interamericana de Derechos Humanos”, en AA. VV., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1ª ed. 1974, p. 427.

⁴⁶⁹ CABRANES, José A., “The Protection of Human Rights by the Organization of American States”... *op. cit.*, 897.

y políticos, y el segundo que va de los artículos 23 al 55 formulaba los derechos económicos, sociales y culturales. Sobre las medidas de protección, en el capítulo segundo de la tercera parte se contenía una disposición que permitía un procedimiento conciliatorio y un procedimiento judicial para algunos de los derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, el proyecto de Uruguay contenía una primera parte en la que el capítulo I que va de los artículos 2 al 22 enumeraba una serie de derechos civiles y políticos mientras que el capítulo II que va de los artículos 23 al 38 formulaba los derechos económicos, sociales y culturales, a los cuales, en el capítulo II de la tercera parte, en sus artículos 63 al 69, se le aplicaban mecanismos de protección tales como informes, observaciones y recomendaciones, investigaciones, asistencia técnica, publicidad de las medidas adoptadas, entre otros.⁴⁷⁰ (Ver Anexo. Tabla 1).

El proyecto del Consejo de Jurisconsultos establecía un procedimiento cuasi-judicial para la protección de los derechos humanos ante la CIDH (arts. 34-64) y también preveía la creación de la Corte IDH como órgano jurisdiccional encargado de conocer aquellos casos que fueron conocidos por la CIDH sin que se resolviera el litigio en esa instancia (arts. 65-81). La función de la CIDH, al igual que la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Europea), consistía en tramitar peticiones que denunciaban presuntas violaciones contra un Estado Parte que hubiera reconocido su competencia. En términos generales, la CIDH tenía la facultad de decidir sobre la admisibilidad de las peticiones (arts. 48-51), examinar el objeto de la denuncia y si era necesario, realizar una investigación al respecto (art. 52.a); ofrecer sus buenos oficios a las partes para lograr una conciliación entre ellas (art. 52.b); y en caso de no lograrse una solución amistosa, preparar y transmitir al Estado o a los Estados interesados un informe con los hechos y las conclusiones a las

⁴⁷⁰ VENTURA ROBLES, Manuel E., "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales", en *Revista IIDH*, vol. 40, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, julio-diciembre 2004, pp. 93-99.

que hubiere llegado (arts. 55-56). Si el asunto no se hubiere sometido a conocimiento de la Corte IDH o su jurisdicción no hubiere sido aceptada, la CIDH podía decidir, por mayoría de los votos de sus miembros, si el Estado en cuestión había incumplido sus obligaciones derivadas de la convención y también tenía la facultad para prescribir las medidas apropiadas para remediar las violaciones denunciadas (art. 57).⁴⁷¹

Pese a la importancia de las medidas y procedimientos anteriores, ellas sólo eran aplicables únicamente a las disposiciones normativas sobre derechos civiles y políticos, mientras que a los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que en el PIDESC, su vigilancia estaba sujeta al sistema de informes periódicos en los que los Estados Partes indicaban las medidas adoptadas sobre la implementación de tales derechos (art. 59). Estos informes eran presentados a la CIDH, quien a su vez podía solicitar a los Estados Partes información complementaria (art. 60), para finalmente hacer las observaciones y recomendaciones pertinentes (art. 58.1.c y art. 58.2.a). Es evidente que las previsiones anteriores siguieron lo establecido por los redactores de los dos pactos de derechos humanos en el ámbito de la ONU, en donde a los derechos económicos, sociales y culturales se les dotó de un mecanismo de protección diferente –y débil– al de los derechos civiles y políticos, pues también se consideró que los primeros tienen una naturaleza distinta al asemejarse más a los objetivos sociales, cuya implementación sólo puede lograrse de manera progresiva, lo cual refleja nuevamente la profundidad con que se han arraigado las razones de carácter histórico, conceptual y filosófico que analizamos en la primera parte de esta tesis. De cualquier forma, no se puede negar que gracias a sus disposiciones más amplias que las del PIDESC y del Convenio Europeo, el proyecto preparado por el Consejo de Jurisconsultos se constituyó en el instrumento multilateral sobre derechos

⁴⁷¹ CABRANES, José A., “The Protection of Human Rights by the Organization of American States”... *op. cit.*, pp. 898-899.

humanos más ambicioso que haya sido preparado por una organización intergubernamental, y quizá este pudo ser el motivo por el cual el proyecto de convención avanzó tan poco en los nueve años transcurridos desde su aprobación por el Consejo de Jurisconsultos en 1959, mediante la Resolución XX del 08 de septiembre de ese año.⁴⁷²

Por su parte, de la lectura de la tabla anterior se desprende que el proyecto de convención uruguayo es sustancialmente parecido al del Consejo de Jurisconsultos, mientras que el del Gobierno de Chile era muy distinto, no sólo por sus disposiciones más amplias sobre derechos económicos, sociales y culturales, sino especialmente porque incorporaba para algunos de esos derechos -el derecho de propiedad, el derecho a la seguridad social, el derecho a la sindicalización y algunos derechos educacionales- iguales medidas de protección que los derechos civiles y políticos, es decir, los procedimientos conciliatorio y judicial. El Gobierno de Chile justificaba su proyecto tan progresista planteando que el proyecto del Consejo de Jurisconsultos se basaba en el Convenio Europeo y en los Pactos de Naciones Unidas, sobre los cuales se habían dado otros pasos importantes “en un período de tiempo que no habían sido tomados en cuenta por el Consejo y por ende consideraba que dichos avances debían ser incorporados en la Convención que se aprobara”.⁴⁷³

1.2.2. Los debates en torno a la adopción de un proyecto final de convención.

Como ya hemos visto, la II Conferencia Extraordinaria mediante la Resolución XXIV le pidió al Consejo del a OEA realizara las enmiendas pertinentes al borrador de convención preparado por el Consejo de Jurisconsultos, tomando en cuenta los borradores presentados por Uruguay y Chile, y tomando en consideración la opinión de la CIDH. En virtud de ello, la CIDH dedicó gran parte de su tiempo entre 1965 y

⁴⁷² *Ibíd.*, pp. 899-900.

⁴⁷³ VENTURA ROBLES, Manuel E., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales” ... *op. cit.*, pp. 97-98.

1968 para estudiar los 3 proyectos de convención a la luz de un análisis comparativo con los pactos de derechos humanos de la ONU, el Convenio Europeo y la Carta Social Europea, dando como resultado la preparación de un proyecto de convención que fue adoptado por el Consejo de la OEA como el “borrador de trabajo” que sería discutido en una conferencia especializada sobre derechos humanos, la cual fue convocada el 12 de febrero de 1969; posteriormente, en su sesión del 21 de agosto de ese mismo año el Consejo de la OEA eligió a la ciudad de San José, Costa Rica para la celebración de dicha conferencia del 07 al 22 de noviembre de 1969 y donde finalmente se adoptó la Convención Americana.

A la Conferencia Especializada asistieron delegaciones de 19 de los 23 Estados miembros activos de la OEA, ya que Barbados, Bolivia, Haití y Jamaica no enviaron representaciones. Adicionalmente, asistieron observadores de varios Estados no miembros como Canadá e Israel y algunos expertos en derechos humanos invitados por la OEA, incluyendo a René Cassin, el principal autor de la Declaración Universal y Arthur Robertson, quien había desempeñado un rol muy activo en el movimiento de derechos humanos dentro del ámbito del Consejo de Europa. La conferencia fue organizada en dos comités principales. El Comité I estaba encargado de discutir sobre los artículos sustantivos de la Convención y el Comité II los artículos relacionados con los órganos de implementación, así como también otros artículos varios. Cada Comité estableció “Grupos de Trabajo” para ocuparse particularmente de problemas difíciles y complejos, y elaborar propuestas al respecto que luego serían pasadas al comité respectivo.⁴⁷⁴

A pesar de que los 3 borradores de convención que se habían presentado contenían amplias disposiciones sobre derechos económicos, sociales y culturales, finalmente fueron excluidas del borrador de trabajo preparado por la CIDH, ya que

⁴⁷⁴ LeBLANC, Lawrence J., *The OAS and the promotion... op. cit.*, p. 20.

ésta consideró que la naturaleza de tales derechos exigía un régimen de protección distinto al de los derechos civiles y políticos. Así, la CIDH sostuvo (a) que inicialmente la convención debería contemplar únicamente los derechos y libertades respecto de los cuales los Estados americanos estaban en la posición de garantizar su protección internacional; (b) que con las reformas introducidas a la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires se enfatizaba la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales, por lo que sería suficiente que la convención contuviera una disposición en la que los Estados reconocieran la necesidad de incorporar gradualmente en sus legislaciones nacionales las medidas adecuadas para la implementación efectiva de tales derechos; y (c) que a la luz de la experiencia del Consejo de Europa y de la ONU, los derechos económicos, sociales y culturales debían ser garantizados por un sistema especial de protección internacional.⁴⁷⁵

La CIDH asumió tal posición tomando en cuenta (a) la modificación del Estatuto del Consejo Interamericano Económico y Social en 1961 (en adelante CIES), que está integrado por comisiones especiales de educación, salud y asuntos laborales; (b) la creación del Comité Interamericano de la Alianza para el Progreso en 1964, cuya finalidad consistía en promover el bienestar económico y social de los Estados americanos mediante la cooperación regional; (c) las resoluciones de la II Conferencia Extraordinaria de 1965 sobre las reformas a la Carta de la OEA y sobre el Acta Económico-Social de Río de Janeiro; y (d) las propuestas de incorporar en la Carta de la OEA una declaración de derechos económicos, sociales y culturales, cuya protección competería al CIES.⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ LeBLANC, Lawrence J., "Economic, Social, and Cultural Rights and the Interamerican System"... *op. cit.*, pp. 73-74.

⁴⁷⁶ VENTURA ROBLES, Manuel E., "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales"... *op. cit.*, pp. 100-101.

De este modo, la CIDH recomendó que fueran eliminadas del proyecto de la convención todas las disposiciones sobre derechos económicos, sociales y culturales, con excepción de las relacionadas con los derechos sindicales,⁴⁷⁷ y propuso en su lugar dos artículos relativamente breves pero relevantes -arts. 25 y 26-. El artículo 25 estaba relacionado con el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, y reflejaba con ello la preocupación de la CIDH de que los derechos proclamados en la Declaración Americana y el Protocolo de Buenos Aires fueran respetados. Así, el primer párrafo señalaba que los Estados Partes en la convención reconocían la necesidad de dedicar sus máximos esfuerzos para incorporar y garantizar en su derecho interno los restantes derechos establecidos en la Declaración Americana que no hayan sido especificados en la convención; y el segundo párrafo establecía que los Estados Partes declaraban su intención de incluir, mantener y perfeccionar en sus legislaciones nacionales, provisiones más propicias para el crecimiento económico, la distribución equitativa de los ingresos y otras medidas económicas y sociales encaminadas a lograr cada uno de los estándares afirmados en el Protocolo de Buenos Aires. Finalmente, el artículo 26 establecía la obligación de los Estados Partes de informar periódicamente sobre las medidas implementadas para lograr los propósitos del artículo 25, especialmente los del segundo párrafo; a su vez, señalaba que la CIDH haría las recomendaciones pertinentes, y cuando tales medidas hubieran sido ampliamente aceptadas, promovería la adopción de una convención especial o de protocolos adicionales a la Convención para incluirlas en esta última o en cualquier otro instrumento que considerara adecuado.⁴⁷⁸

En relación con el artículo 25, varios Estados plantearon sus objeciones incluso antes de la que la conferencia especializada sobre derechos humanos fuera

⁴⁷⁷ CABRANES, José A., "The Protection of Human Rights by the Organization of American States"... *op. cit.*, p. 901.

⁴⁷⁸ MONROY CABRA, Marco Gerardo, "Rights and duties established by the American Convention on Human Rights" ... *op. cit.*, p. 60.

convocada; Chile y Uruguay, por ejemplo, estaban a favor de reintroducir la lista detallada de derechos económicos, sociales y culturales que contenían los borradores previos, ya que consideraban que la propuesta de la CIDH proporcionaba únicamente un reconocimiento indirecto e insuficiente de estos derechos, y que dicho artículo incorporaba simplemente un conjunto de conclusiones alcanzadas con el Protocolo de Buenos Aires, las cuales no parecían apropiadas incorporar en una convención, pero que ante las circunstancias dadas sería políticamente imprudente oponerse a su inclusión.⁴⁷⁹ Otros Estados como México, se oponían a las propuestas chilena y uruguaya, e incluso sostenía serias dudas acerca de la inclusión de cualquier artículo que hiciera referencia a los derechos económicos, sociales y culturales, ya que consideraba que a diferencia de los derechos civiles y políticos, sería difícil determinar quién es la persona directamente afectada en el caso de una violación de tales derechos y quién la autoridad responsable por la misma. Estados Unidos, por su parte, se oponía a cualquier referencia a estos derechos.⁴⁸⁰

Ante tales desacuerdos, el Presidente del Comité I decidió encomendar la redacción de nuevos artículos 25 y 26 a un grupo de trabajo integrado por los delegados de Estados Unidos, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Ecuador, quienes propusieron que la Convención tuviera dos partes, la primera relativa a los derechos civiles y políticos, y la segunda acerca de los derechos económicos, sociales y culturales. La propuesta del nuevo artículo 25 establecía el compromiso de los Estados Partes “a adoptar medidas, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, de acuerdo con los recursos disponibles, para lograr progresivamente la plena efectividad, por todos los medios apropiados, y en particular por vías legislativas, de

⁴⁷⁹ Durante los debates, Colombia también propuso una inclusión detallada de los derechos económicos, sociales y culturales en la Convención Americana, y Guatemala solicitó conferir una jurisdicción especial a la CIDH para garantizar la satisfacción de tales derechos.

⁴⁸⁰ LeBLANC, Lawrence J., “Economic, Social, and Cultural Rights and the Interamerican System”... *op. cit.*, pp. 74-76.

los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”. Y la propuesta del nuevo artículo 26 establecía que los Estados remitirían a la CIDH copia de los informes y estudios que sometieran a las Comisiones Ejecutivas del CIES, y del Consejo Interamericano para la Educación, Ciencia y Cultura (en adelante CIECC). Hay que señalar que la incorporación de un nuevo artículo 2 –relacionado con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno- al texto del borrador de la convención hizo que los mencionados artículos 25 y 26 pasaran a ser en el proyecto final los artículos 26 y 27.⁴⁸¹

En síntesis, al final de todo el artículo 25 inicialmente propuesto fue modificado mediante la supresión de su primer párrafo –el referente a los derechos proclamados en la Declaración Americana y no afirmados en la Convención-, y la revisión del segundo, hasta adoptar la forma actual del artículo 26 de la Convención Americana, que señala lo siguiente:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo.

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

⁴⁸¹ URQUILLA, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos” ... *op. cit.*, p. 265.

En cuanto al artículo 26 del proyecto de la CIDH (27 después de la incorporación del nuevo artículo 2), también refleja la importancia que de una u otra forma ésta le atribuía a los derechos económicos, sociales y culturales, aunque como hemos visto, no parecía que los Estados americanos estuvieran listos para aceptar ciertas obligaciones relativas a tales derechos, especialmente porque sabían que la CIDH podría jugar un papel relevante en su promoción y protección al menos en un nivel parecido al establecido en la Carta Social Europea o en el PIDESC. Por ello, varios Estados manifestaron sus objeciones al respecto; Estados Unidos abogó por la supresión de este artículo pues consideraba que los informes duplicarían en gran parte los informes que ya se preparaban por todos los Estados miembros de la OEA para el Consejo Interamericano Económico y Social, a los cuales la CIDH tenía acceso. Argentina por su parte objetó que este artículo le daba a la CIDH el derecho a realizar las recomendaciones respectivas a los Estados, lo cual estaba evidentemente por encima y más allá de su competencia y sus capacidades. Incluso Chile que tanto luchó por incluir un detallado número de derechos económicos, sociales y culturales, se preguntó si no sería mejor limitar la competencia de la CIDH a los derechos civiles y políticos y dejar los informes sobre derechos económicos, sociales y culturales al Consejo Interamericano Económico y Social.⁴⁸²

Finalmente, el Comité II acordó que este artículo 26 (art. 27 después de la inclusión del nuevo artículo 2 al proyecto de convención) aprobado por el Comité I se convirtiera en artículo 42, por tratarse solamente de facultades de la CIDH, el cual, en su versión actual establece:

Artículo 42.

Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del

⁴⁸² LeBLANC, Lawrence J., "Economic, Social, and Cultural Rights and the Interamerican System"... *op. cit.*, pp. 76-77.

Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Además de los artículos 25 (hoy art. 26) y 26 (hoy art. 42), el proyecto de convención de la CIDH contenía otro artículo relevante en materia de derechos económicos, sociales y culturales (art. 41), el cual establecía la obligación de los Estados de informar a la CIDH sobre las medidas adoptadas para cumplir con la primera parte del artículo 25, es decir, el deber estatal de incorporar en su derecho interno los restantes derechos de la Declaración Americana que no fueran incluidos en el Pacto de San José. Frente a esta propuesta de artículo las reacciones tampoco se hicieron esperar, y finalmente el mismo fue modificado hasta quedar redactado en su forma actual de la siguiente manera:

Artículo 43.

Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

En definitiva se puede sostener que con la supresión o modificación de los 3 artículos mencionados (25, 26 y 41) los delegados gubernamentales que asistieron a la Conferencia Especializada tenían la intención de evitar deliberadamente que la CIDH tuviera algún papel relevante en esta materia, y tal como quedó redactada la Convención Americana en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, es evidente que la postura intermedia –que estaba de acuerdo en incluirlos pero de una manera vaga y generalizada, con compromisos de realización progresiva- triunfó frente a las otras dos posturas que se pueden encontrar en los

debates de la Conferencia Especializada, una postura que defendía la necesidad de enunciarlos detalladamente y otra que se oponía a su inclusión en el proyecto final.⁴⁸³

En términos generales podemos sostener que los dos principales instrumentos interamericanos de derechos humanos aprobados en esos años, la Declaración Americana y el Pacto de San José, fallaron en establecer obligaciones estatales concretas y específicas en materia de derechos económicos, sociales y culturales,⁴⁸⁴ el primero por su adopción en forma de resolución y por no establecer un mecanismo de protección, y el segundo por la vaguedad y generalidad con que se estableció la única disposición relativa a tales derechos. Pese a ello, con el desarrollo progresivo del derecho interamericano sobre derechos humanos, la Declaración Americana se ha convertido en una fuente de obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados miembros de la OEA, por lo que es necesario insistir en la exigibilidad de sus disposiciones ante los dos órganos del Sistema Interamericano que tienen la tarea pendiente de abandonar el tratamiento marginal que le han otorgado a los derechos económicos, sociales y culturales.

Y en relación con la Convención Americana, no hay duda que fue desafortunado que se eliminaran las disposiciones relativas a los derechos económicos, sociales y culturales, y que sólo se estableciera un solo artículo que remite a las normas económicas, sociales y culturales contenidas en el Protocolo de Buenos Aires que reformó la Carta de la OEA, y ello constituye un paso atrás respecto de las propuestas presentadas por el Consejo de Jurisconsultos y los Gobiernos de Uruguay y Chile, dado que tales normas, como ya lo hemos señalado, por sí solas no contribuyen a la constitución de un cuerpo coherente de derechos, y la

⁴⁸³ URQUILLA, Carlos Rafael, "Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos" ... *op. cit.*, p. 265.

⁴⁸⁴ LeBLANC, Lawrence J., "Economic, Social, and Cultural Rights and the Interamerican System" ... *op. cit.*, p. 80.

vaguedad e imprecisión de las obligaciones estatales establecidas en la Carta de la OEA parecían sugerir que en ese momento el objetivo era fijar pautas de conducta que debían seguir los Estados americanos.

No obstante, aunque en la Convención Americana no retoma el avance integrador de la Declaración Americana y no establece de forma explícita un catálogo de estos derechos, el contener por vía de referencia o interconexión normativa un listado de los mismos, al referir a las normas económicas, sociales, y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires, abre una puerta de muchas posibilidades para lograr la exigibilidad de estos derechos. Por tanto, considerar que la Convención Americana es sólo un instrumento de derechos civiles y políticos, y que por tanto la competencia *ratione materiae* de la CIDH y la Corte IDH se limita sólo a ellos, “es producto de una lectura incompleta del Pacto de San José, cuando no mal intencionada”.⁴⁸⁵ Además, no hay que olvidar que el sistema normativo creado por la Convención Americana se vio complementado por dos protocolos adicionales, uno sobre la abolición de la pena de muerte que fue adoptado en el vigésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA reunida en Asunción, Paraguay en 1990, y otro, como ya hemos señalado, en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

1.2.3. El texto convencional finalmente aprobado.

Era evidente que desde un primer momento existía el interés de los Estados americanos de elaborar y ratificar un documento vinculante en materia de derechos humanos, lo cual no se concretó hasta la celebración de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos del 07 al 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica. Tal como lo hemos analizado anteriormente, la idea de incluir o

⁴⁸⁵ URQUILLA, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos” ... *op. cit.*, p. 266.

no disposiciones sobre derechos económicos, sociales y culturales en la Convención Americana fue un tema de mucho debate, y aunque los proyectos presentados por el Consejo de Jurisconsultos, Uruguay y Chile los incluían, el “borrador de trabajo” final presentado por la CIDH, virtualmente excluyó todas las referencias a ellos, argumentando, entre otras cosas, que tanto en el ámbito europeo como en el de la ONU se había decidido reconocer estos derechos en un instrumento separado con un sistema de procedimiento específicamente diseñado para su implementación.⁴⁸⁶

De acuerdo con las reglas de la conferencia, cada artículo podía ser adoptado con una mayoría de 10 votos de todos los delegados presentes; las enmiendas podían ser introducidas libremente tanto en los comités como en la sesión plenaria. Muchos de los artículos de la convención fueron adoptados por una estrecha mayoría de votos, aunque la convención como un todo fue adoptada en la sesión plenaria final por los votos afirmativos de las delegaciones de 18 de los Estados presentes, sólo con la abstención de Perú.⁴⁸⁷ Fue así como después de largas discusiones se aprobó un borrador final de convención que fue firmado el 22 de noviembre de 1969, bajo el título de “Convención Americana sobre Derechos Humanos” o “Pacto de San José”, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978 de conformidad con el artículo 74.2 de la misma.

El Pacto de San José constituye el corazón del Sistema Interamericano y en cierta manera su adopción cumplió el sueño de muchos americanos que desde la Segunda Guerra Mundial habían abogado por contar con un instrumento regional de protección de derechos humanos que fuera ratificado por la gran mayoría de Estados

⁴⁸⁶ CRAVEN, Matthew, “The protection of Economic, Social and Cultural Rights under the Inter-American System of Human Rights”... *op. cit.*, p. 297.

⁴⁸⁷ LeBLANC, Lawrence J., *The OAS and the promotion...* *op. cit.*, p. 20.

del continente.⁴⁸⁸ Aunque es un documento prácticamente moldeado a imagen de los instrumentos de derechos humanos de la ONU y de la Convención Europea, sus redactores se negaron simplemente a copiarlos,⁴⁸⁹ y consideraron necesario introducir las modificaciones necesarias que respondieran a las propias circunstancias prevalecientes en los Estados del hemisferio, las cuales se caracterizaban por una realidad política marcada por regímenes no democráticos, y por una realidad económica marcada por la persistencia de la pobreza de un alto porcentaje de la población americana.⁴⁹⁰

La Convención Americana está dividida en tres partes: la Parte I sobre los “Deberes de los Estados y derechos protegidos” compuesta por los capítulos I-V (arts. 1-32); la Parte II sobre los “Medios de la protección” formada por los capítulos VI-IX (arts. 33-73); y la Parte III sobre “Disposiciones generales y transitorias” compuesta por los capítulos X-XI (arts. 74-82). En la Parte I, se divide a los derechos protegidos en dos categorías en capítulos independientes. Los derechos civiles y políticos son incluidos en un catálogo amplio que contiene el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); el derecho a la vida (art. 4); el derecho a la integridad personal (art. 5); la prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6); derecho a la libertad personal (art. 7); garantías judiciales (art. 8); principio de legalidad y de retroactividad (art. 9); derecho a indemnización (art. 10); protección de la honra y de la dignidad (art. 11); libertad de conciencia y de religión (art. 12); libertad de pensamiento y de expresión (art. 13); derecho de rectificación o respuesta (art. 14); derecho de reunión (art. 15); libertad de asociación (art. 16); protección a la familia (art. 17); derecho al nombre (art. 18); derechos del

⁴⁸⁸ LeBLANC, Lawrence J., “Economic, Social, and Cultural Rights and the Interamerican System”... *op. cit.*, p. 72.

⁴⁸⁹ PASQUALUCCI, Jo M., *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2003, p. 4.

⁴⁹⁰ BUERGENTHAL, Thomas, “The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and differences”, in *American University Law Review*, Vol. 30, N° 155, 1980-1981, p. 156.

niño (art. 19); derecho a la nacionalidad (art. 20); derecho a la propiedad privada (art. 21); derecho de circulación y residencia (art. 22); derechos políticos (art. 23); igualdad ante la ley (art. 24); y protección judicial (art. 25). En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, sólo cuentan con un simple artículo que remite a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta reformada de la OEA (art. 26).

De la lectura del capítulo II relativo a los derechos civiles y políticos podemos observar que incluye derechos con una naturaleza híbrida que bien podrían formar parte de los derechos económicos, sociales y culturales, como por ejemplo el derecho a la familia, que incluso está contenido en el PIDESC en su artículo 17 y que posteriormente fue incluido en el Protocolo de San Salvador en su artículo 15; el derecho de propiedad o la libertad de asociación, cuya naturaleza cambiante hace que su función social no sea simplemente una cuestión de derechos civiles y políticos, sino también de derechos económicos, sociales y culturales; o los derechos del niño que también fue incluido en el artículo 16 del Protocolo de San Salvador, reafirmando de este modo que no sólo pueden catalogarse como una categoría de derechos sino que se mueven en todos los ámbitos, tanto civiles, políticos, como sociales, económicos y culturales.

En virtud de lo anterior se puede llegar a la conclusión de que la Convención Americana se ha consolidado como un instrumento regional enfocado especialmente en la protección de los derechos civiles y políticos, con 23 artículos referidos a los mismos (Capítulo II, arts. 3-25) y sólo uno relativo a los derechos económicos, sociales y culturales (Capítulo III, art. 26); no obstante, pese a que los derechos civiles y políticos tienen una elaboración normativa más desarrollada, ello no es suficiente para establecer que los derechos económicos, sociales y culturales carecen de protección efectiva en el marco del Pacto de San José. Si bien el artículo 26 es una

norma importante, hay que reconocer que no es suficiente y adecuada, ya que para exigir su cumplimiento ante los órganos interamericanos, siempre será necesario realizar un esfuerzo mayor de interpretación para determinar los derechos específicos y las obligaciones estatales concretas que derivan de dicho artículo en conexión con la Declaración Americana y con las disposiciones respectivas de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires.⁴⁹¹

De cualquier forma, la entrada en vigor y la ratificación de la Convención Americana ha implicado que los Estados, en primer lugar, han asumido la doble obligación general de *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social (artículo 1.1 de la CADH), dentro de los cuales evidentemente no pueden excluirse los derechos económicos, sociales y culturales que puedan derivarse del artículo 26; en segundo lugar, que han ratificado el papel institucional de la CIDH en la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones estatales, dentro de las que incluyan las relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Declaración Americana y en el artículo 26; y en tercer lugar, que han admitido la necesidad de contar con un órgano de control judicial, para lo cual han aprobado la creación de la Corte IDH como máximo tribunal regional en materia de derechos humanos. En este sentido, con la ratificación de la Convención Americana los Estados han adquirido el compromiso internacional (a) de reconocer los derechos protegidos en él; (b) de adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para hacerlos efectivos dentro de su

⁴⁹¹ URQUILLA, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos” ... *op. cit.*, p. 266.

jurisdicción; y (c) de prohibir todo tipo de discriminación en el ejercicio de tales derechos.

En ese orden de ideas, la obligación de *respetar* los derechos protegidos por el Pacto de San José es de carácter negativo en cuanto comprende fundamentalmente el deber estatal de abstenerse a interferir en el ejercicio de los mismos; en otros términos, que el Estado respete los derechos humanos significa que sus agentes están obligados, por ejemplo, a no matar arbitrariamente (derecho a la vida), a no torturar (derecho a la integridad personal), a no contaminar el agua (derecho a un medio ambiente sano y a la salud) o a no establecer cuotas obligatorias en el sistema educativo que impiden a los niños recibir educación primaria gratuita (derecho a la educación). Por otro lado, la obligación de *garantizar* el pleno ejercicio de los derechos humanos es de carácter positivo, ya que el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas que sean necesarias para asegurar el ejercicio de tales derechos; en otras palabras, el Estado está en la obligación de proteger a las personas no sólo de los actos ilícitos de sus agentes, sino también de los particulares mediante la prevención, la investigación y sanción de las violaciones a los derechos reconocidos, y la reparación de los daños producidos.⁴⁹²

Bajo estos parámetros, tanto los tribunales internos como los demás órganos del Estado asumen un papel fundamental como responsables de la implementación de las disposiciones de la Convención Americana en el ámbito interno, lo que implica, entre otras cosas, que los Estados garanticen la existencia de recursos eficaces antes las instancias nacionales para prevenir, investigar, sancionar y en su caso, reparar las violaciones de los derechos reconocidos en dicho instrumento. Con ello resulta evidente la complementariedad y la interacción entre el derecho

⁴⁹² Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...* op. cit., párr. 166; Íd., *Caso Godínez Cruz vs. Honduras...* op. cit., párr. 175.

interamericano sobre derechos humanos y el derecho interno de cada Estado, ya que para que una persona o grupo de personas pueda recurrir ante la CIDH o la Corte IDH, debe primero agotar los recursos que el Estado tiene la obligación de conceder en su ordenamiento jurídico interno. De allí la importancia del acceso a la justicia para que las personas puedan buscar la prevención o reparación, en su defecto, de una violación de sus derechos humanos, lo cual implica disponer de la posibilidad real, no apenas nominal o discursiva, “de plantear pretensiones ante una jurisdicción independiente, imparcial y competente para resolver sobre ellas; probarlas, alegar, contender con equilibrio [...] y recibir una sentencia justa”.⁴⁹³

1.3. El Protocolo de San Salvador.

Ya hemos visto que la Convención Americana constituye un desarrollo normativo amplio de los derechos civiles y políticos, pero es incompleta en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual fue claramente reconocido cuando se redactó y se aprobó, ya que se acordó que este tema sería considerado nuevamente en una fecha posterior.⁴⁹⁴ Así, una vez que el Pacto de San José entró en vigor, se propuso comenzar a discutir las estrategias necesarias para garantizar más efectivamente estos derechos; en este sentido, se consideraron tres posibilidades. En primer lugar, enmendar la Convención Americana para incorporar un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales, en virtud de su artículo 76 que establece:

⁴⁹³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos”, en *Revista IIDH*, vol. 32-33, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Número especial 2002, pp. 223-225. “Finalmente, en ese momento ocurre lo que profundamente nos importa: el acceso a la jurisdicción se convierte en acceso a la justicia [...] no accede a la justicia quien no recibe justicia; puede, eso sí, tener acceso al tribunal, intervenir en diligencias, probar, alegar e impugnar, pero nada de eso, si vemos el asunto con rigor y realismo, es acceso a la justicia”.

⁴⁹⁴ “Es interesante tener en cuenta que en los trabajos preparatorios a la Conferencia Especializada que adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los derechos económicos, sociales y culturales recibieron una amplia consideración. Tal fue el caso de los proyectos de convención preparados por el Comité Interamericano de Jurisconsultos, por el Gobierno de Chile y por el Gobierno de Uruguay. Sin embargo, la solución adoptada, que se refleja en el mencionado artículo 42 de la Convención, ha constituido en la práctica, posponer el tratamiento de este asunto”, en CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983-1984... op. cit.*, punto 4.

Artículo 76

1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.

En segundo lugar, redactar un Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en virtud de su artículo 77 que señala:

Artículo 77.

1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

Y en tercer lugar, se pensó en seguir el ejemplo de la ONU para redactar y aprobar una convención separada sobre derechos económicos, sociales y culturales, teniendo en cuenta que debería establecer un sistema especial de protección de acuerdo con las circunstancias particulares de los países americanos; pese a reconocer que hubiera sido mejor que la Convención Americana contuviera disposiciones amplias sobre derechos económicos, sociales y culturales, se mantuvo la concepción de que éstos son diferentes a los derechos civiles y políticos, por lo que debía buscarse un mecanismo de protección *sui generis*, tomando en cuenta la experiencia del sistema europeo, de las organizaciones internacionales y las experiencias adquiridas en el Sistema Interamericano.⁴⁹⁵ Esto refleja nuevamente que las razones

⁴⁹⁵ MONROY CABRA, Marco Gerardo, "Rights and duties established by the American Convention on Human Rights" ... *op. cit.*, pp. 62-63.

históricas, conceptuales y filosóficas que analizamos en la primera parte de esta tesis, fueron determinantes a la hora de forjar una concepción debilitada de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito interamericano, degradándolos a derechos de menor categoría en términos de protección si los comparamos con los derechos civiles y políticos.

Evidentemente, los Estados americanos se decantaron por la segunda de estas tres opciones, al considerar que la adopción de un Protocolo Adicional era la mejor forma de proteger a los derechos económicos, sociales y culturales; así, el Gobierno de Costa Rica efectuó una propuesta en 1982 para que se elaborare un Protocolo Adicional a la Convención Americana, lo cual vino a subsanar la voluntaria omisión de la Conferencia Especializada de no incluir en el texto del Pacto de San José una disposición que confiriese competencia a la CIDH para que promoviera la celebración de una Convención especial o de protocolos complementarios que incluyeran los derechos económicos, sociales y culturales. Esta propuesta fue recogida en sucesivas resoluciones adoptadas entre 1980 y 1983 por la Asamblea General de la OEA, quien reiteró que la protección efectiva de los derechos humanos debía abarcar también a los de contenido económico, social y cultural.⁴⁹⁶ De este modo, mediante la Resolución 619 (XII-O/82) la Asamblea General resolvió

[e]ncargar a la Secretaría General que elabore un anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” que defina los derechos sociales, económicos y culturales a que se refiere el párrafo dispositivo 9 de la resolución AG/RES. 618 (XII-O/82). Una vez elaborado el anteproyecto de Protocolo, la Secretaría General deberá remitirlo oportunamente a los Gobiernos de los Estados miembros y a la Comisión Preparatoria para que pueda ser considerado durante el decimotercer período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁴⁹⁶ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983-1984... op. cit.*, punto 5.

La Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA dio cumplimiento a la resolución anterior y elaboró un anteproyecto de Protocolo, el cual fue remitido a los Estados miembros y a la Comisión Preparatoria para que hicieran sus respectivas observaciones y recomendaciones, y fuera presentado a la consideración de la XIII Asamblea General, quien en sus períodos ordinarios de sesiones y mediante la Resolución 657(XIII-O/83), aprobada el 18 de noviembre de 1983 resolvió

1. Solicitar al Secretario General que remita a los gobiernos de los Estados miembros, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José" (AG/CP/doc. 350/83), preparado conforme a lo dispuesto por la Asamblea General en su resolución AG/RES. 619 (XII-O/82), para que presenten sus observaciones y recomendaciones a los Estados Partes en la Convención en la reunión que para el efecto se convoque oportunamente.
2. Autorizar al Secretario General de la OEA a que invite a los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos para que, en el momento que lo estime oportuno, lleven a cabo una reunión con el objeto de considerar el Anteproyecto de Protocolo Adicional junto con las observaciones y comentarios que hayan presentado los Estados Miembros de la Organización al mencionado Protocolo así como las que hubieran presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo el Secretario General invitara a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a hacerse representar en dicha reunión.

Para facilitar el trabajo de coordinación en la elaboración del proyecto de Protocolo, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la

OEA constituyó un Grupo de Trabajo⁴⁹⁷ ante el cual tanto los Estados como los órganos como la CIDH y la Corte IDH, podían exponer sus criterios al respecto. Conforme a la resolución anterior, en su XI período ordinario de sesiones la Corte IDH adoptó algunas observaciones al respecto y las presentó en el XIV período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA que se celebró en Brasilia, Brasil en noviembre de 1984. Así, la Corte IDH (a) consideró que era plausible la idea que recoge el anteproyecto de Protocolo, ya que le otorga a los derechos económicos, sociales y culturales un reconocimiento mayor dentro del Sistema Interamericano y que supera al concedido por las normas de la OEA respectivas, por la Declaración Americana y por la Carta de Garantías Sociales; (b) reconoció que los derechos económicos, sociales y culturales son auténticos derechos y que en virtud del principio de indivisibilidad, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los primeros resulta imposible; (c) señaló que así como la Convención Americana no sólo comprende la definición y el contenido de los derechos protegidos, sino que también los mecanismos de exigibilidad y garantía para procurar su eficacia, los cuales han sido encomendados a la CIDH y a la Corte IDH, cualquier ampliación de los derechos protegidos por el Pacto de San José sólo es concebible si se cumple en función de ese sistema de protección, de manera que todos los derechos que se incorporen al instrumento principal mediante un Protocolo Adicional deben ser susceptibles de los mismos mecanismos de protección, ya que si no fuera así, no tendría sentido llamar al nuevo instrumento un “Protocolo Adicional”; (d) consideró que así como los derechos civiles y políticos son más fácilmente individualizables y exigibles de conformidad con un procedimiento de protección jurisdiccional, hay algunos derechos económicos, sociales y culturales que pueden comportarse como derechos subjetivos exigibles judicialmente, pero hay otros que por su naturaleza o por las condiciones del desarrollo económico y social

⁴⁹⁷ Es preciso señalar que aunque la CIDH jugó un papel importante en el proceso de adopción del Protocolo de San Salvador, el proyecto final no fue preparado por ella sino por un grupo de trabajo formado por 14 Estados partes de la Convención Americana.

de cada país no se les puede reconocer *per se* una exigibilidad inmediata y plena, ya que se trata de derechos de desarrollo progresivo que dependen de factores no siempre subordinados a la voluntad de los Estados.⁴⁹⁸

Asimismo, la Corte (e) estimó que una inclusión indiscriminada en el sistema de la Convención Americana de los derechos económicos, sociales y culturales, en la medida en que se mantenga su concepción como derechos de realización progresiva que se expresan a veces como aspiraciones meramente programáticas no dotadas de exigibilidad, podría causar una distorsión de los mecanismos de protección del Pacto de San José, razón por la cual, antes de hacer una enumeración detallada de los derechos a ser incorporados, era preferible determinar primero en qué medida podían ensamblarse dentro del sistema general de protección dispuesto en la Convención Americana y definir cuál es el régimen de protección que mejor conviene a los derechos económicos, sociales y culturales, asunto sobre el cual el referido anteproyecto es insuficiente. De esta manera, por la vía de un Protocolo Adicional no deberían incorporarse todos los derechos a los mecanismos y procedimientos previstos en el Pacto de San José sino sólo aquellos que puedan ser exigibles jurisdiccionalmente como el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos y el de libre sindicalización. (f) Finalmente, para los derechos a los que no puedan aplicarse los mecanismos y procedimientos establecidos en la Convención Americana, la Corte estimó aconsejable suscribir una convención interamericana no vinculada con los mecanismos anteriores, sino más bien con garantías similares al PIDESC, en donde la CIDH y la Corte IDH deberían jugar un papel preponderante, la primera a través del sistema de informes semejante al establecido en el

⁴⁹⁸ Corte IDH, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1985*, 15 de agosto de 1985, Secretaría General, OEA, Washington, D.C., 1986, Anexos III. Observaciones de la Corte sobre el Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana, pp. 17-18.

instrumento universal, y la segunda mediante el ejercicio de su jurisdicción consultiva.⁴⁹⁹

Por su parte, la CIDH dispuso la realización de estudios especializados y organizó conjuntamente con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México un seminario de alto nivel con la participación de calificados expertos para tratar el tema de la protección interamericana de los derechos económicos, sociales y culturales. De esta forma, la CIDH centró sus observaciones en el aspecto normativo, en el aspecto de la organización institucional que podría resultar de dicho Protocolo y en los mecanismos de control. En lo que respecta a su estructura normativa, la CIDH (a) señaló que además de los derechos recogidos en el anteproyecto de Protocolo, era importante considerar a ciertos grupos relevantes que aún no han sido objeto de protección internacional como los ancianos y los minusválidos, ya que son grupos específicos que, por sus peculiares características y modalidades de inserción social, requieren de una atención especial y de medidas estatales específicas a fin de que puedan gozar plenamente de sus derechos económicos, sociales y culturales, lo cual permitiría su realización personal y social; y (b) sugirió que para la formulación normativa de los derechos reconocidos en el Protocolo propuesto, sería conveniente seguir la técnica empleada por el PIDESC, en el sentido de que la norma debería estar constituida por un enunciado general y por especificaciones operativas no demasiado exhaustivas pero que pudieran ser una guía para llevar a la práctica un derecho.⁵⁰⁰

En cuanto al marco institucional, la CIDH (a) propuso que se perfeccionaran los aspectos dentro del marco convencional con que se cuenta, es decir, el sistema de envío de copia a la CIDH de los informes elevados por los Estados a las Comisiones

⁴⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 18-19.

⁵⁰⁰ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983-1984... op. cit.*, puntos 6-7.

Ejecutivas del CIES y del CIECC; (b) sugirió que se mantuviera y se reforzara la solución de la Convención Americana de encargar los aspectos operativos a un organismo dotado de independencia como es la CIDH, ya que la experiencia derivada de la aplicación del PIDESC evidencia que ha sido un fracaso normativo dejar la protección de los derechos a un organismo político como es el Consejo Económico y Social (en adelante el ECOSOC), especialmente durante los primeros años de vigencia de dicho instrumento y antes de que fuera creado el CDESC en 1985; (c) consideró que la adecuada consideración del sistema de informes exige contar con un conocimiento profundo de la materia en ellos tratada y de los elementos metodológicos empleados en su elaboración; sin embargo, reconoció que ni la CIDH ni otro organismo en el Sistema Interamericano cuenta en su composición a todo el personal preparado en todos esos aspectos, por lo que sería necesario aprovechar la experiencia de la CIDH en el tratamiento de los derechos económicos, sociales y culturales, y proveérsele de los medios y recursos necesarios que sin duda le permitirían realizar constructivos aportes al respecto. Para lograr tal fin, también creyó necesario que la CIDH estableciera relaciones formales con el CIECC, el CIES, la OPS, entre otros, así como contar con la participación activa de otros organismos no pertenecientes al Sistema Interamericano pero que por su actividad se vinculan estrechamente con la materia tratada, como es el caso de la OIT, la UNESCO o la OMS.⁵⁰¹

Finalmente, en lo referente a los mecanismos de control, la CIDH (a) consideró idóneo el sistema de informes como el utilizado en el marco del PIDSC y precisó necesario elaborar cuestionarios precisos que podrían ser adaptados a las condiciones particulares de cada Estado a fin de incluir aspectos específicos en los informes de cada país; (b) señaló que los criterios a emplear para evaluar el estado de los derechos económicos, sociales y culturales en los diversos países mediante el sistema

⁵⁰¹ *Ibíd.*, punto 8.

de informes, no deberían ser ni tan rígidos ni tan laxos, sino que deberían tener en consideración la naturaleza progresiva de los procesos a través de los cuales se buscaría concretar la vigencia de estos derechos; (c) en virtud de lo anterior, la CIDH propuso como criterios de evaluación aquellos que permitiesen conciliar la necesidad de lograr un control internacional efectivo con los requerimientos de progresividad vinculados con la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales; en este sentido, consideró como idóneos los criterios de naturaleza comparativa y temporal que permitan evaluar la situación en cada país de forma periódica, comparando los resultados obtenidos en un año con el estado de esos derechos en el año anterior para determinar los avances o retrocesos registrados en una secuencia temporal; y el criterio de la voluntad efectiva demostrada por un Estado para alcanzar la vigencia de tales derechos, para lo cual, el cuestionario antes mencionado debería contener un punto especial destinado a conseguir la información referida a las medidas adoptadas con ese fin por los gobiernos. Tales medidas, sumadas a la consideración de los recursos establecidos para llevarlas a la práctica, permitiría discernir la prioridad que cada Gobierno otorga al cumplimiento de las obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y culturales; y finalmente, (d) la CIDH propuso que debería contemplarse la posibilidad de otorgar un recurso directo a ella por parte de personas individuales en el caso de ciertos derechos específicos, como el derecho de huelga.⁵⁰²

Sobre la base de todo lo anterior, y tomando especialmente en consideración las conclusiones a las que llegó el Seminario de México mencionado anteriormente, la CIDH consideró que los siguientes criterios generales serían útiles en la elaboración del mencionado Protocolo Adicional: (a) Tal instrumento debería tratar los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que corresponden a la persona por su calidad de ser humano, absteniéndose de referirse a ellos como metas u objetivos

⁵⁰² *Ibíd.*

de desarrollo. En este sentido, estos derechos no podrían considerarse como metas deseables sino como imperativos exigibles, ya que constituyen el eje ordenador de los sistemas económicos, sociales y políticos, y no pueden considerarse el resultado aleatorio del éxito de determinadas políticas de desarrollo; (b) sería necesario incorporar normas específicas relativas a las condiciones especiales que serían imprescindibles para conceder vigencia real a los derechos económicos, sociales y culturales de ciertos grupos vulnerables como los indígenas, los ancianos, las mujeres, los niños y las personas con capacidades especiales; (c) los mecanismos de control a emplear deberían ser adecuados a las características del derecho protegido; así, para algunos derechos podría ser aplicable el sistema vigente para los derechos civiles y políticos, mientras que para otros, cuya vigencia demanda un proceso paulatino, el mecanismo de control idóneo sería el empleo de informes periódicos y obligatorios remitidos por los Estados al organismo encargado de la tutela y promoción de esos derechos para ser tenidos en cuenta por éste al momento de emitir su opinión al respecto. “Estos avances podrían ser evaluados con la ayuda de instrumentos técnicos que permitieran alcanzar la mayor objetividad posible; se trataría, por tanto, de evaluar resultados concretos en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, evitando así a la institución encargada de su tutela y promoción pronunciarse sobre las políticas y modelos de desarrollo en sí mismos”.⁵⁰³

Aunque ni en el XIV (Brasilia, Brasil/1984) ni en el XV (Cartagena de Indias, Colombia/1985) período ordinario de sesiones de la Asamblea General se adoptó ninguna resolución específica sobre la materia, en el párrafo dispositivo 12 de la Resolución AG/RES. 742 (XIV-0/84) se invitaba a los Estados miembros y a los órganos interesados a que presentaran en el XV período de sesiones proposiciones

⁵⁰³ CIDH, “Derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”, en *Revista IIDH*, vol. 1, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, enero-junio 1985, pp. 135-136.

específicas sobre el contenido de las disposiciones del Protocolo Adicional, especialmente en lo relacionado con la definición de los derechos a ser protegidos y con los mecanismos institucionales que deberían establecerse para lograr su adecuada protección.

En virtud de esta resolución, la CIDH señaló que el Protocolo Adicional debería estructurarse alrededor de un núcleo fundamental de derechos que son el derecho al trabajo, a la educación y a la salud, a los cuales podrían sumárseles otros derechos conexos. Así, en relación con el derecho al trabajo, deberían reconocerse los derechos a una retribución justa, al descanso, a condiciones higiénicas y seguras de trabajo y el derecho a la sindicalización, el cual incluye aspectos tan importantes como son el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga. Además, vinculado de manera estrecha con el derecho al trabajo se encuentra el derecho a la seguridad social, el cual también debería ser reconocido a las personas que no se encuentran trabajando, mediante la inclusión de provisiones sobre el seguro de desempleo, por ejemplo, y aquellas disposiciones referidas a las prestaciones de salud y que se vinculan con la consideración de ese derecho específico. En lo que respecta al derecho a la salud, deberían consagrarse por su relación con él, el derecho a una vida sana, el derecho a una vivienda digna, el derecho a un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a la alimentación. Finalmente, en cuanto al derecho a la educación, debería ser acompañado por el derecho a la participación en la vida cultural y por el derecho a gozar de los resultados de la creación artística o intelectual.⁵⁰⁴

La CIDH reiteró su propuesta de tomar en cuenta la situación de ciertas instituciones como la familia y la de algunos grupos vulnerables como los

⁵⁰⁴ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985... op. cit.*, Capítulo V. Sección II.

minusválidos, la niñez y los ancianos a fin de establecer disposiciones que aseguren un goce efectivo de sus derechos económicos, sociales y culturales. A su vez, la CIDH consideró que no deberían incluirse en el proyecto de Protocolo algunos “elementos instrumentales” relacionados con el desarrollo económico, la cooperación internacional, el incremento del producto nacional *per cápita*, los sistemas impositivos y de tenencia de la tierra, así como la industrialización, promoción de exportaciones e inversiones privadas, tal como estaban incluidos en el proyecto original de Protocolo, ya que éstos aspectos entraban dentro del campo contingente de la política. En relación con los mecanismos de control, la CIDH ratificó su criterio expresado en su Informe Anual 1983-1984, en cuanto a que ellos debían ser adecuados a las características del derecho protegido. Por último, invitó a los Estados miembros y a los órganos y organismos interesados a que le presenten antes del 30 de junio de 1986 proposiciones específicas sobre el contenido de un proyecto de Protocolo Adicional que sería redactado por ella, especialmente en lo que se refiere a los derechos que debían ser objeto de protección y a los mecanismos institucionales que debían establecerse.⁵⁰⁵

En la agenda del XV período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA se incluyó en el punto 22 el asunto relativo a las “Proposiciones sobre el contenido del proyecto del Protocolo Adicional Convención Americana sobre Derechos Humanos”, y como resultado del trabajo de las sesiones, el 09 de diciembre de 1985 la Asamblea General aprobó dos resoluciones importantes, la Resolución AG/RES. 778 (XV-O/85) y la Resolución AG/RES. 781 (XV-0/85).

En virtud de la Resolución AG/RES. 778 (XV-O/85), la Asamblea General tomó nota del Informe Anual de la CIDH y de sus recomendaciones relativas al Protocolo Adicional a la Convención Americana e invitó a los Estados Miembros a que

⁵⁰⁵ *Ibidem.*

presentaran a dicho órgano antes del 30 de junio de 1986, propuestas sobre el contenido del proyecto de Protocolo,

[...] especialmente en lo que se refiere a la definición de los derechos objeto de protección y a los mecanismos institucionales que deberían establecerse para lograr la adecuada protección de los mismos, a fin de que la Comisión pueda presentar a un próximo periodo de sesiones de la Asamblea General un proyecto de Protocolo Adicional sobre esa materia.

En su Informe Anual 1985-1986, la CIDH presentó el proyecto de Protocolo Adicional que había elaborado, para lo cual tomó en consideración los aportes doctrinarios sobre la materia, el examen de los instrumentos internacionales en vigor al respecto, especialmente el PIDESC que sirvió de fundamento a muchos artículos de su proyecto, las legislaciones nacionales de distintos Estados miembros de la OEA, el anteproyecto que en 1983 elaborara la Secretaría General de la organización y todas las observaciones formuladas por algunos Estados, la Corte IDH, la OPS y la OIT. El proyecto constaba de un Preámbulo y de 22 artículos; en el primero se manifiestan las razones por las que debía adoptarse el Protocolo Adicional, sobre todo por la estrecha relación existente entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, y la de los derechos civiles y políticos que exige una protección eficaz a ambas categorías. Por su parte, los primeros 5 artículos contenían cláusulas generales relativas a la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos que dispongan a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos (art. 1); a la obligación de no establecer discriminaciones (art. 2); a la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 3); a que no pueden admitirse restricciones a los derechos reconocidos (art. 4); y a que sólo pueden establecerse restricciones y limitaciones al ejercicio de los derechos que sean compatibles con su naturaleza y mediante leyes promulgadas con objeto de promover el bienestar general dentro de una sociedad democrática (art. 5). Los

siguientes 11 artículos reconocían un importante catálogo de derechos, tales como el derecho al trabajo (art. 6), el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (art. 7), los derechos sindicales (art. 8), el derecho de huelga (art. 9), el derecho a la seguridad social (art. 10), el derecho a la salud (art. 11), el derecho a un medio ambiente sano (art. 12), el derecho a la alimentación (art. 13), el derecho a la educación (art. 14), el derecho a la libertad de educación (art. 15) y el derecho a los beneficios de la cultura (art. 16). El proyecto también consagraba algunos derechos tendientes a la participación de instituciones o grupos como es el caso de la familia (art. 17) y otros relacionados con ciertos grupos que, a juicio de la CIDH, requieren de una atención especial a fin de que puedan gozar de los derechos económicos, sociales y culturales, -los niños (art. 18), los ancianos (art. 19) y los minusválidos (art. 20)-.⁵⁰⁶

El artículo 21 contenía la disposición relativa a los medios de protección de los derechos anteriormente descritos, en la que (a) se confirmó que la CIDH es competente para velar por la observancia de los mismos mediante la preparación de informes especiales cuyas modalidades serían determinadas por su Reglamento y teniendo en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales; (b) se reafirmó que la CIDH podía contar con el asesoramiento de expertos para establecer las relaciones que estime convenientes con los órganos y organismos del Sistema Interamericano, así como con los organismos especializados de la ONU; y (c) se consideró que los derechos sindicales (art. 8), el derecho de huelga (art. 9) y la libertad de educación (art. 15) debían gozar del mismo sistema de protección que se ha establecido para los derechos civiles y políticos, es decir, el sistema de peticiones individuales consagrado en la Convención Americana (arts. 44-51 y 61-69). Tal como se puede observar, la CIDH quiso confiar a su

⁵⁰⁶ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*, 26 septiembre 1986, Capítulo V. Sección II.

Reglamento las modalidades que deberían revestir los informes especiales, con el fin de que, a la luz de experiencia que vaya surgiendo en la elaboración de esos informes, tales modalidades puedan ser precisadas en un instrumento más fácilmente modificable como es el Reglamento, evitándose así mecanismos como el regulado por el artículo 42 del Pacto de San José, el cual, según la CIDH, al haber establecido un sistema de protección inadecuado no ha podido tener aplicación hasta esa fecha. Además, para la CIDH, el sistema de protección era realista, ya que al ser flexible y eficaz podía superar las posibles dificultades que se podrían plantear y facilitar su aceptación por parte de los Estados Partes en la Convención Americana. Finalmente, el último artículo (22) se refería a la firma y ratificación o adhesión y a la entrada en vigor del Protocolo.⁵⁰⁷

Por su parte, la Asamblea General dispuso, mediante la Resolución AG/RES. 781 (XV-0/85), que el Consejo Permanente le informase sobre los criterios de los Estados miembros y de los órganos y organismos interesados respecto al contenido del proyectado Protocolo Adicional, y en especial, se solicitó a la Corte IDH nuevas observaciones sobre la necesidad de adoptar tal instrumento. En respuesta a esta resolución, la Corte IDH ratificó las observaciones que ya había realizado en 1984, y resaltó que cada día era más evidente la necesidad de contar con un Protocolo Adicional que colmara la laguna en materia de protección regional de los derechos económicos, sociales y culturales, dado que, al derivar de la esencial dignidad del ser humano, poseen la misma naturaleza sustancial que los derechos civiles y políticos, aunque con caracteres diferenciales que exigen que algunos de ellos sean objeto de un régimen de protección especial. En este sentido, señaló que (a) el Protocolo Adicional debería incluir una enumeración y definición de estos derechos, y el régimen de protección regional a ser aplicado. En relación con lo primero, la Corte IDH consideró que podría ser perfeccionada especialmente con las observaciones

⁵⁰⁷ *Ibidem.*

presentadas por la CIDH, mientras que respecto a lo segundo, determinó que la protección de algunos derechos como la libertad sindical, el derecho de huelga, la libertad de enseñanza, etc., podía hacerse valer ante ella al igual que los derechos civiles y políticos; (b) consideró que para el resto de derechos económicos, sociales y culturales el sistema de protección podía ser similar al que ya incluye la propuesta de Protocolo Adicional, es decir, el del sistema de informes, aunque debe ser sustancialmente mejorado, pues para dotarlo de eficacia cierta, sería necesario seguir las líneas generales de los procedimientos utilizados por la OIT y los aplicados en virtud de la Carta Social Europea; (c) precisó que aquellos derechos que por su naturaleza no puedan ser objeto de control judicial por parte de la Corte IDH, debían ser protegidos por un sistema en el que la CIDH cumpla la tarea esencial de intervenir en su protección; y (d) señaló que ella misma debía ejercer una importante función de promoción y protección de todos los derechos económicos, sociales y culturales mediante su competencia consultiva.⁵⁰⁸

Todas estas observaciones y recomendaciones enriquecieron los borradores de Protocolo Adicional preparado por la CIDH y por la Secretaría General, y en virtud de la Resolución 836 (XVI-O/86) adoptada por la Asamblea General de la OEA en la novena sesión plenaria celebrada el 15 de noviembre de 1986, el proyecto de Protocolo de la CIDH fue transmitido a los Estados Partes para que formularan sus respectivas observaciones y comentarios antes del 31 de marzo de 1987, y los remitieran “al Consejo Permanente para que éste, considerando esas observaciones y comentarios y cualquiera otra información que considere apropiada, presente propuestas sobre la materia a la Asamblea General en su decimoséptimo período

⁵⁰⁸ Corte IDH, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1986*, 29 de agosto de 1986, Anexo IV. Observaciones de la Corte al Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Secretaría General, Organización de Estados Americanos, Washington, D.C., 1986, pp. 41-44. Estas observaciones también están publicadas en Corte IDH, “Opinión de la Corte sobre el Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, vol. 3, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, enero-junio 1986, pp. 115-119.

ordinario de sesiones”.⁵⁰⁹ En virtud de lo anterior, se elaboró un “documento de trabajo” sobre el cual el Grupo de Trabajo, constituido por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, basaría el texto último del Protocolo. Pese al avance significativo realizado por dicho Grupo de Trabajo, para finales de 1987 no se había completado aún el análisis del proyecto de Protocolo presentado por la CIDH, por lo que la Asamblea General de la OEA, mediante la Resolución AG/RES. 887 aprobada en la décima sesión plenaria del 14 de noviembre de 1987, resolvió solicitar

al Consejo Permanente que, sobre la base del proyecto presentado por la CIDH y tomando en consideración las observaciones y comentarios formulados por los gobiernos de los Estados Partes en la mencionada Convención, así como cualquier otra información que estime apropiada, presente a la Asamblea General en su decimotavo período ordinario de sesiones un proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, o los instrumentos que estime procedentes, a fin de que sean considerados con vista a su adopción.⁵¹⁰

Posteriormente, el Grupo de Trabajo preparó un borrador final que se basaba mayoritariamente en el texto elaborado por la CIDH, modificado en algunos puntos para que estuviera más en conformidad con las normas internacionales en esta materia, sobre todo con el PIDESC, aunque en relación con el sistema de supervisión, dicho borrador difería sustancialmente de la propuesta inicial presentada por la CIDH. Tales modificaciones, por pequeñas que fueron, tuvieron un efecto sustancial y diluyeron algunos derechos; así, por ejemplo, el artículo sobre el derecho a la educación propuesto por la CIDH establecía que “la educación primaria debe ser (*shall*) obligatoria y asequible a todos gratuitamente”, sin embargo, el artículo

⁵⁰⁹ Organización de Estados Americanos, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1986, pp. 477-479.

⁵¹⁰ Organización de Estados Americanos, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1987, pp. 904-907.

finalmente aprobado señala que “la educación primaria debería (*should*) ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente”.⁵¹¹ Más adelante volveremos sobre este asunto.

Finalmente, el 17 de noviembre de 1988, la Asamblea General de la OEA en su XVIII período ordinario de sesiones celebrado en San Salvador, El Salvador, adoptó el texto actual del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”. 11 años después, el 16 de noviembre de 1999, dicho Protocolo entró en vigor gracias al depósito del undécimo instrumento de ratificación de conformidad con su artículo 21 y hasta la fecha, sólo ha sido ratificado por 14 Estados americanos.⁵¹²

El Protocolo de San Salvador consta de un preámbulo y de 22 artículos. En el primero se reafirma la indivisibilidad entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos, en el sentido de que constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, razón por la cual requieren una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros, pues sólo así puede consolidarse la democracia y el desarrollo en el continente americano. Los primeros 3 artículos establecen las obligaciones generales de adoptar medidas (art. 1), de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2) y de no discriminar (art. 3). Los siguientes dos artículos señalan las cuestiones relativas a la no admisión de restricciones de los derechos reconocidos (art. 4) y el alcance de las restricciones y limitaciones que

⁵¹¹ LEBLANC, Larry, “El Protocolo Adicional a la Convención Americana y sus antecedentes”, en MEDINA QUIROGA, Cecilia (Coord.), *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1993, pp. 52-53.

⁵¹² Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay.

pueden ser permitidas (art. 5). Los subsiguientes 9 artículos reconocen una importante lista de derechos económicos, sociales y culturales, que van desde el derecho al trabajo (art. 6), el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (art. 7), los derechos sindicales (art. 8), el derecho a la seguridad social (art. 9), el derecho a la salud (art. 10), el derecho a un medio ambiente sano (art. 11), el derecho a la alimentación (art. 12), el derecho a la educación (art. 13) y el derecho a los beneficios de la cultura (art. 14). Debido a la especial atención que requieren ciertos grupos vulnerables, el Protocolo consagra el derecho a la constitución y protección de la familia (art. 15), los derechos de la niñez (art. 16), el derecho a la protección de los ancianos (art. 17) y el derecho a la protección de los minusválidos (art. 18). El Protocolo establece dos mecanismos institucionales para la protección de tales derechos, (a) un sistema de presentación de informes por parte de los Estados y (b) el trámite de peticiones individuales regulado por la Convención Americana (art. 19). Finalmente, los últimos artículos regulan las cuestiones relativas a las reservas (art. 20), a la firma, ratificación, adhesión y entrada en vigor del Protocolo (art. 21), y a la enmienda con el fin de incorporar otros derechos o de ampliar los ya reconocidos (art. 22).

Aunque esta enumeración más amplia de derechos económicos, sociales y culturales sugiere que el Protocolo de San Salvador intenta llenar el vacío existente en los tratados regionales de derechos humanos,⁵¹³ el alcance de los mecanismos de protección adoptados hace que este instrumento parezca diminuto, y en vez de llenar tal vacío, sólo genera cierta confusión en cuanto a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a los órganos del Sistema Interamericano, puesto que limita la competencia de la CIDH y de la Corte IDH a conocer únicamente la violación de los artículos 8.1 y 13 del Protocolo, mientras que los derechos

⁵¹³ MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, pp. 13-14.

restantes quedan marginados de la protección cuasi-judicial y judicial, y sometidos solamente al control mediante un sistema de informes estatales periódicos.⁵¹⁴

De cualquier forma, se pueden sacar dos conclusiones importantes de lo anterior: En primer lugar, que si se reconoce que al menos dos derechos económicos, sociales y culturales dentro del Protocolo de San Salvador son justiciables (arts. 8.a y 13), no hay razón técnica-jurídica para negar la justiciabilidad del resto de derechos de este tipo; y en segundo lugar, que al reconocer únicamente la justiciabilidad del derecho de organización y afiliación sindical (art. 8.a), y el derecho a la educación (art. 13), el Protocolo de San Salvador establece una nueva jerarquía entre los derechos en él consagrados, ya que en términos de protección, le otorga mayor importancia a estos derechos en detrimento del resto, al que únicamente los dota de un sistema de informes que evidentemente tienen menor impacto garantista que el sistema de peticiones individuales.

Con la lectura de los derechos reconocidos por el Protocolo Adicional, advertimos la gran influencia que el PIDESC tuvo sobre él, y en líneas generales podemos observar que en muchos aspectos las disposiciones del Protocolo son similares a las del PIDESC, en otros existen diferencias y en otros puntos el Protocolo las mejora. (Ver Anexo. Tabla 2).

Así, por ejemplo, los artículos 6 al 10 y los artículos 13 y 14 del Protocolo Adicional son prácticamente iguales en forma y en terminología que los mismos artículos del PIDESC, y las diferencias en la redacción que existen son simplemente superficiales. En el caso del artículo 9 del Protocolo Adicional, mejora sustancialmente la misma disposición del PIDESC, ya que el primero establece el

⁵¹⁴ URQUILLA, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos” ... *op. cit.*, p. 267.

contenido del derecho a la seguridad social con gran detalle, especialmente en lo relacionado con el acceso de los beneficiarios a dicho derecho; de la misma manera, el artículo 10 del Protocolo expande el derecho a la alimentación usando sobre todo una noción más amplia de “nutrición adecuada” y provee objetivos más específicos en relación con el derecho a la salud. Por otro lado, la principal diferencia entre estos instrumentos radica en que el Protocolo Adicional reconoce un número de derechos adicionales a los contenidos en el PIDESC, como por ejemplo, el derecho a un medio ambiente sano (art. 11), el derecho a la formación y protección de la familia (art. 15), los derechos del niño (art. 16), la protección de los ancianos (art. 17) y la protección de las minusválidos (art. 18). No obstante lo anterior, el Protocolo de San Salvador contiene menos demandas a los Estados en diferentes aspectos. En primer lugar, mientras que el PIDESC reconoce el derecho a la vivienda, el Protocolo no lo hace, lo cual es una omisión particularmente significativa dado el alcance que este derecho ha adquirido en el trabajo interpretativo del CDESC; en segundo lugar, el Protocolo de San Salvador reproduce algunas obligaciones estatales de forma un tanto atenuadas, por ejemplo, aunque en la traducción al español tanto del artículo 13.3.a del Protocolo de San Salvador como el artículo 13.2.a del PIDESC señala que “la enseñanza primaria *debe* ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente” (énfasis agregado), en el original en inglés, el Protocolo de San Salvador utiliza el verbo *should* (“primary education should be compulsory and accesible to all without cost”), mientras que el PIDESC usa el término *Shall* (“Primary education shall be compulsory and available free to all”), el cual es un término más estricto e imperativo. Es importante recordar que el proyecto de Protocolo presentado por la CIDH contenía el término “shall” en vez de “should” pero finalmente fue cambiado por el Grupo de Trabajo. Similarmente, la disposición del artículo 7 del PIDESC sobre el derecho a “un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor”, es considerablemente debilitada en el artículo 7 al establecer únicamente el derecho a “un salario equitativo e igual por trabajo igual”, ya que este último enfatiza que la

comparación debería ser hecha únicamente dentro del mismo lugar de trabajo.⁵¹⁵ Todo ello refleja sin lugar a dudas el interés de los redactores del borrador a tener un Protocolo menos preciso en materia de obligaciones.

Pero lo que resulta más sorprendente acerca del Protocolo de San Salvador es el hecho de que no parece haber sido confeccionado especialmente para enfrentar ciertos problemas característicos de la región, por lo que su texto bien podría trasladarse sin problemas a un contexto distinto como el europeo. Así, el Protocolo no reconoce los derechos de los pueblos indígenas ni los derechos de los trabajadores migrantes, con lo cual parece que al momento de redactar este instrumento se puso más el énfasis en asegurar que fuera compatible con el PIDESC en vez de desarrollar un texto que realmente respondiera a los valores e intereses regionales. El deseo de imitar al PIDESC también se ve claramente reflejado en relación con los mecanismos de supervisión, en tanto que los Estados se comprometen a presentar informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo, los cuales serán presentados al Secretario General de la OEA quien los transmitirá al CIES y al CIECC a fin de que los examinen. También, el Secretario General enviará copia de tales informes a la CIDH (art. 19, numerales 1-4).

Los informes anuales que tanto el CIES como el CIECC presenten a la Asamblea General de la OEA deberán contener un resumen de la información recibida de los Estados Partes en el Protocolo de San Salvador acerca de las medidas progresivas adoptadas a fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el propio Protocolo y las recomendaciones de carácter general que al respecto se estimen pertinentes. Este procedimiento es idéntico al establecido en el PIDESC, en

⁵¹⁵ CRAVEN, Matthew, "The protection of Economic, Social and Cultural Rights under the Inter-American System of Human Rights"... *op. cit.*, pp. 309-310.

virtud del cual los Estados se comprometen a presentar una serie de informes al Secretario General de la ONU, quien a su vez debe transmitir las copias respectivas al ECOSOC para su evaluación (arts. 16-17). De todas formas, no se puede ignorar que el Protocolo de San Salvador, desde un comienzo fue un paso más adelante que el PIDESC en el sentido de admitir la justiciabilidad del derecho de asociación sindical y del derecho a la educación, cuestión que el primero no hizo con ninguno de los derechos consagrados en él. No obstante, después de varios años de intensas negociaciones, en diciembre de 2008 la Asamblea General de la ONU adoptó un Protocolo Facultativo que contiene un mecanismo de comunicaciones individuales para que las personas puedan denunciar la violación de los derechos contenidos en el PIDESC por parte de un Estado que lo haya ratificado.

De lo anterior se desprende que la responsabilidad primaria para vigilar el cumplimiento de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el Protocolo de San Salvador recae en dos órganos de carácter político (CIES y CIECC) compuestos por representantes gubernamentales más interesados en cuestiones de cooperación y asistencia técnica, y por tanto con menor habilidad técnica y experiencia para supervisar adecuadamente los tratados de derechos humanos, tal como lo demuestra la no muy afortunada experiencia del *The Sessional Working Group* que asistía al ECOSOC en la evaluación de los informes estatales durante los primeros 9 años de vigencia del PIDESC (en vigor desde 1976), antes de que se creara el CDESC (creado en 1985). De todos modos, no se puede negar que representa un avance significativo el hecho de que la CIDH y la Corte IDH tengan competencia para conocer de presuntas violaciones a dos de los derechos reconocidos en el Protocolo de San Salvador, ya que al aceptar su justiciabilidad, en cierta forma se reconoce que la protección debilitada de los derechos económicos, sociales y culturales no responde a un defecto técnico-jurídico de éstos, sino que es

más una cuestión de voluntad política y legislativa que es superable mediante la elaboración de las debidas garantías.

23 años atrás la propia Corte IDH reconocía que quizá en ese momento no era posible tener un sistema de peticiones individuales para todos los derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo, pasadas más de dos décadas y gracias al avance en el desarrollo doctrinal y jurisprudencial en materia de derechos económicos, sociales y culturales que han rebatido o matizado sus teóricas diferencias insalvables respecto de los derechos civiles y políticos, ya no es posible mantener la división entre los derechos sobre la base de circunstancias y argumentos insostenibles en la actualidad, por lo que es imperativo (re)construir un sistema de garantías que permita a *todos* los derechos convertir la pretensión que contienen en certeza, y la certeza en ejecución, en otras palabras, un sistema que garantice su justiciabilidad,⁵¹⁶ ya que

11. El límite entre los derechos económicos, sociales y culturales que pueden llegar a ser objeto de una protección internacional de tipo regional en la que es posible la intervención de la Corte Interamericana y los restantes, que no pueden tener **hoy** un régimen de protección de tipo jurisdiccional que se integre con la competencia contenciosa de la Corte, **no es un límite invariable y fijo, resultado de una condición ontológica, sino que, en gran parte, deriva de circunstancias históricas vinculadas al desarrollo y la evolución del Derecho [...]**⁵¹⁷

Por tanto, es claro que en todo el proceso de elaboración tanto de la Convención Americana como del Protocolo de San Salvador influyeron no sólo las

⁵¹⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", en Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Ed.), *Construyendo una Agenda para la justiciabilidad...* op. cit., p. 90.

⁵¹⁷ Corte IDH, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1986...* op. cit., p. 44; Íd., "Opinión de la Corte sobre el Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos" ... op. cit., puntos 10 y 11, pp. 117-118. El resaltado es nuestro.

circunstancias históricas que menciona la Corte IDH, sin también otras de tipo conceptual y filosófica que han hecho que en la actualidad tengamos este estado normativo interamericano en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, pero que ahora debe ser superado si se pretende mantener el discurso de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos que es negado sistemáticamente en la práctica, generando así expectativas que no pueden ser cumplidas y limitando el impulso emancipatorio de los derechos humanos, lo cual sin duda podría tener implicaciones negativas para la democracia y el Estado de derecho, que son las dos estructuras político-jurídicas en las que teóricamente la dignidad humana es considerada inviolable. Evidentemente, la dignidad humana no podría estar garantizada donde exista voluntad para proteger a los derechos civiles y políticos, y desatención sobre los derechos económicos, sociales y culturales, pues las libertades de expresión o de sufragio no absuelven ni compensan la ignorancia, la insalubridad y la miseria, por lo que si se reconoce el carácter integral de los derechos humanos, también debe plantearse el carácter integral de su protección,⁵¹⁸ sin establecer jerarquías entre los tipos de derechos ni dentro de una misma categoría, como ha sucedido con el Protocolo de San Salvador.

2. Las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales en virtud de los instrumentos interamericanos.

Al principio de este capítulo señalamos que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos están compuestos por dos componentes esenciales, los instrumentos y los mecanismos de protección. Sobre los primeros, analizamos algunos de los documentos interamericanos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales, enfocándonos particularmente en la Carta de la OEA, la Declaración Americana, el Pacto de San José y el Protocolo de San

⁵¹⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales"... *op. cit.*, pp. 89-90.

Salvador. Aunque evidentemente hay otros instrumentos que de una u otra forma tienen relación con tales derechos, limitamos nuestro análisis a los documentos mencionados porque para efectos de esta tesis resultan más importantes debido al uso sistemático y constante que de ellos han hecho los mecanismos de protección, y porque sin duda constituyen el corazón mismo del sistema.⁵¹⁹

Sobre los mecanismos de protección, señalamos que tanto la CIDH como la Corte IDH son los órganos encargados de velar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de tales instrumentos, siendo por tanto, las dos principales instancias jurisdiccionales del Sistema Interamericano desde su creación en 1959 y 1969, respectivamente. Es importante resaltar que la CIDH tuvo dos etapas importantes en su desarrollo institucional. En la primera, su creación descansó en la Resolución VIII de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, en la cual se decidió establecer dicho órgano, compuesto de siete miembros elegidos a título personal, con el encargo de promover el respeto de los derechos humanos en el continente.⁵²⁰

En la segunda etapa, la CIDH se convierte en un órgano de la OEA mediante el Protocolo de Buenos Aires que reformó la Carta de la organización en 1967, con lo cual se fortaleció su legitimidad institucional frente a los Estados de cara al ejercicio

⁵¹⁹ Por ejemplo, la Convención de Belém do Pará establece que toda mujer “podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos” (art. 5) y que tiene el derecho “a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación” (art. 6, literal b); el literal a) del artículo III de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación de las Personas con Discapacidad establece que los Estados deben tomar medidas “para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración”;

⁵²⁰ Acta Final de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores... *op. cit.*, Resolución VIII. Derechos Humanos, punto II, p. 209.

de su mandato consistente en (a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos americanos; (b) formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales; (c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; (d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; (e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la OEA, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, prestarles el asesoramiento que éstos le soliciten; (f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención Americana; y (g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA sobre sus actividades realizadas (art. 41 de la Convención Americana).

En cuanto a la Corte IDH, como órgano judicial autónomo fue establecido en 1969 por la Convención Americana para su interpretación y aplicación, y tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ya sea por declaración especial o por convención especial (art. 62.3 de la Convención Americana). Después de la entrada en vigor del Pacto de San José el 18 de julio de 1978, los Estados Partes eligieron el 22 de mayo de 1979 a los primeros 7 jueces que conformarían la Corte IDH, quienes tuvieron sus primeras sesiones orgánicas el 29 y 30 de junio de 1979. Tanto la CIDH como la Corte tienen sus propios reglamentos y

estatutos en donde se desarrollan sus respectivas cuestiones institucionales y procedimentales para el desempeño de sus funciones.⁵²¹

En este apartado nos centraremos en el análisis de las obligaciones concretas que derivan de los instrumentos anteriores y la forma en que la CIDH y la Corte IDH ejercen su competencia para vigilar el cumplimiento de los compromisos internacionales de los Estados americanos. No nos detendremos a realizar una exposición detallada sobre los aspectos institucionales y procesales de estos dos órganos porque, además de los importantes estudios existentes al respecto,⁵²² nuestro objetivo aquí es profundizar en la práctica de la CIDH y la Corte IDH respecto de algunos derechos económicos, sociales y culturales para detectar no sólo las limitaciones normativas existentes, sino también y sobre todo, las limitaciones interpretativas que en más de una ocasión se han auto impuesto estos órganos de vigilancia debido, entre otras cosas, a las razones de carácter histórico, conceptual y filosófico estudiadas en la primera parte de esta tesis y que determinan una visión debilitada de los derechos económicos, sociales y culturales, y que como hemos visto, condicionaron el proceso de elaboración de los instrumentos interamericanos en el sentido de dotar a tales derechos de una protección más debilitada con respecto a los derechos civiles y políticos.

⁵²¹ Para un análisis del origen y de algunas cuestiones institucionales y procedimentales tanto de la CIDH como de la Corte IDH, pueden verse, por todos, MEDINA QUIROGA, Cecilia, *The battle of Human Rights...* pp. 67-89 y 161 y ss.; LeBLANC, Lawrence J., *The OAS and the promotion...* op. cit., pp. 42 y ss.;

⁵²² Por todos véase, FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª ed., San José, Costa Rica, 2004; MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, abril 2007; y los ya citados PASQUALUCCI, Jo M., *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights...* op. cit.; y BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert E., y SHELTON, Dina, *La protección de los derechos humanos en las Américas...* op. cit.

2.1. Generalidades sobre la competencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los derechos económicos, sociales y culturales.

Antes de todo hay que reafirmar el carácter subsidiario de la competencia de la CIDH y de la Corte IDH ante las violaciones de derechos humanos, pues es claro que no han sido creadas para sustituir a los tribunales internos de los Estados, y tampoco operan como tribunales de recursos o de casación de decisiones de los tribunales nacionales. En este sentido, el prólogo de la Convención Americana es claro al establecer que la protección interamericana de los derechos humanos es “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. No obstante, ello no significa que los actos u omisiones de los distintos órganos estatales -la adopción de una ley, la no adecuación de su ordenamiento interno, la no remoción de los obstáculos de *jure* o de facto que facilitan la discriminación, o una decisión administrativa o judicial- no puedan ser objeto de examen por parte de dichas instancias para verificar su conformidad con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, especialmente las derivadas de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador.⁵²³

Pero para ello, es necesario que las víctimas observen la regla del agotamiento de los recursos internos, la cual se basa en el principio de que un Estado denunciado debe estar en condiciones de brindar una reparación por sí mismo y dentro del marco de su sistema jurídico interno, por lo que la función subsidiaria de los órganos de vigilancia constituye también la base de la denominada “fórmula de la cuarta instancia” en el sentido de que tales órganos no tienen competencia para revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en el ámbito de su jurisdicción y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que consideren la posibilidad de que se haya cometido una violación del instrumento internacional en

⁵²³ CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos... op. cit.*, p. 274.

cuestión. Por tanto, tal como lo ha manifestado la CIDH, un órgano de vigilancia como ella sólo

[...] es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.⁵²⁴

A su vez, para que la CIDH o la Corte IDH puedan conocer un asunto que implique la supuesta violación de un derecho humano, es necesario establecer claramente (a) que son competentes *ratione personae*, en el sentido de que las partes intervinientes en el procedimiento -víctima (legitimación activa) y denunciado (legitimación pasiva)- estén facultados por la Convención Americana o por los otros instrumentos interamericanos para presentar ante ellas peticiones individuales o

⁵²⁴ CIDH, *Informe N° 39/96, Caso 11.673 (Argentina)*, 15 de octubre de 1996, IV. D., párr. 48-51. La "fórmula de la cuarta instancia" fue elaborada por la CIDH en el caso de Clifton Wright (Caso 9260. Resolución N° 29/88 del 14 de septiembre de 1988), ciudadano jamaquino, que adujo un error judicial que dio lugar a una sentencia de muerte en su contra. El sistema nacional no preveía un trámite de impugnación de sentencias determinadas por errores judiciales, lo que dejó al Sr. Wright desprovisto de recursos. En ese caso, la CIDH estableció que no podía actuar como "una cuarta instancia cuasi-judicial" con facultades para revisar las sentencias de los tribunales de los Estados miembros de la OEA. No obstante, la CIDH declaró fundados los hechos aducidos por el peticionario y determinó que el mismo no pudo haber cometido el crimen. En consecuencia, la CIDH llegó a la conclusión de que el Gobierno de Jamaica había violado el derecho del peticionario a la protección judicial, lo que constituye una violación a sus derechos fundamentales, porque el procedimiento judicial interno no permitía corregir el error judicial. Véase también el Caso 74/90 (Argentina). Informe N° 74/90 del 4 de octubre de 1990, en el que la CIDH llegó a la conclusión de que una denegación del debido proceso constituye una violación de los derechos de la víctima conforme a los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana.

comunicaciones interestatales; (b) que son competentes *ratione materiae*, lo que implica que la materia objeto de la petición o denuncia sea la violación de un derecho reconocido como justiciable ante tales órganos por los respectivos instrumentos interamericanos; (c) que son competentes *ratione loci*, en el sentido de que los hechos denunciados hayan ocurrido dentro de la jurisdicción de un Estado Parte; y (d) que son competentes *ratione temporis*, lo que implica que la supuesta violación de un derecho reconocido haya ocurrido una vez que la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador u otro tratado interamericano pertinente, haya entrado en vigencia para el Estado denunciado, o en una fecha posterior al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH por parte de un Estado.⁵²⁵

De esta manera, tanto la CIDH como la Corte IDH han jugado un papel fundamental en la promoción y protección de los derechos humanos en el continente, ya que regulan un procedimiento mediante el cual, cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, puede presentar peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de los instrumentos interamericanos por un Estado Parte;⁵²⁶ en tal sentido, constituyen una estructura doble de protección, pues por un lado, la CIDH recibe, tramita e investiga los hechos denunciados contra los Estados por violación de los derechos reconocidos, y por otro, la Corte IDH se encarga de emitir sentencias que determinan o no la responsabilidad internacional de los Estados por esas supuestas violaciones. Hay que recordar también que para iniciar un trámite ante los órganos interamericanos de vigilancia es necesario cumplir ciertos aspectos procesales relativos (a) a las cuestiones formales (modo de presentación de la

⁵²⁵ La *ratione temporis* también puede estar referida a una condición de admisibilidad de la demanda, en el sentido de que sea presentada en el plazo de 6 meses establecido en el artículo 46 de la Convención Americana.

⁵²⁶ Artículo 44 del Pacto de San José, artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador; artículo XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; artículo 12 de la Convención de Belém do Pará.

petición, su contenido y otros requisitos de forma), y (b) a las cuestiones sustantivas (plazo para la presentación de la denuncia, el agotamiento de los recursos internos, *litis pendencia*, etc.).

En esa línea, cada una de estas instancias regionales cuenta con varios mecanismos que les permite llevar a cabo sus funciones de control. Tanto la CIDH como la Corte IDH cuentan con dos funciones esenciales, la función consultiva y la función contenciosa, las cuales juegan un papel fundamental de cara a la realización efectiva de los derechos humanos, ya que los Estados deben asegurar que todos sus órganos –jurisdiccionales, administrativos, etc.- conozcan y sigan el alcance de los lineamientos interpretativos desarrollados por la CIDH y la Corte IDH como intérpretes finales de los instrumentos interamericanos, ya que ignorarlos o desconocerlos puede provocar la responsabilidad internacional del Estado. En este sentido, la interpretación de las cláusulas de la Convención Americana, del Protocolo de San Salvador y de otros instrumentos interamericanos realizada por ambas instancias, “resulta una guía ineludible para la aplicación de dicho instrumento por parte de los tribunales internos”.⁵²⁷

En relación con la función consultiva, se constituye en una herramienta muy valiosa para la tutela de los derechos humanos y ha jugado un importante papel en la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que a través de la emisión de informes temáticos o de país, opiniones consultivas, recomendaciones generales, etc., se ha permitido un análisis integral de la situación general de estos derechos, de una problemática específica en un determinado país o región, o del alcance y contenido de un derecho o norma interamericana, lo cual hace posible obtener una visión comprensiva y comparada “de los obstáculos y los pasos dados

⁵²⁷ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles... op. cit.*, pp. 76-77.

para garantizar el pleno goce de los derechos [lo cual ayuda] al desarrollo de soluciones regionales, entre otras cosas”.⁵²⁸

Así, los artículos 41, literales a), b), c) y d) y 42 de la Convención Americana, y artículos 56 y 57 numeral 1, literales h) e i) del Reglamento de la CIDH, le otorgan a ésta una competencia consultiva mucho más amplia que la concedida a la Corte IDH, en el sentido de que la CIDH tiene la facultad de elaborar informes generales o especiales y de seguimiento sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros, incluyendo los progresos alcanzados y las dificultades que han existido o existen para la efectiva realización de los derechos humanos, así como también las observaciones o recomendaciones que estime pertinente para lograr tal fin. Por su parte, la función consultiva de la Corte IDH le permite interpretar la Convención Americana y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, y puede ser activada por cualquier Estado miembro de la OEA y por los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires (Art. 64.1 del Pacto de San José), es decir, la propia CIDH, la Asamblea General, el Consejo Permanente, la Comisión Interamericana de Mujeres, entre otros.

Gracias a su competencia consultiva, la Corte IDH ha podido interpretar una diversidad de cuestiones relativas al procedimiento ante ella, el alcance de su competencia y de la CIDH, los derechos de la niñez y de los migrantes indocumentados, la asistencia consular, la igualdad, entre otros,⁵²⁹ asuntos que de una u otra forma rozan aspectos económicos, sociales y culturales. Con ello, la Corte IDH coadyuva “al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados

⁵²⁸ KRSTICEVIC, Viviana, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”... *op. cit.*, p. 150.

⁵²⁹ Desde 1981, la Corte IDH ha emitido 19 opiniones consultivas. El pasado 14 de agosto de 2008 la República Argentina solicitó a la Corte IDH una opinión consultiva sobre la “interpretación del artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, (1) en relación con la figura del juez *ad hoc* y la igualdad de armas en el proceso ante ella, y (2) respecto de la nacionalidad de los jueces del tribunal interamericano y el derecho a un juez independiente e imparcial.

americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA”;⁵³⁰ en este sentido, interpreta y emite opiniones relativas al alcance de las obligaciones de los Estados en relación con los derechos reconocidos en el Pacto de San José y demás instrumentos interamericanos.

En relación con la función contenciosa de ambos órganos, por un lado la CIDH (a) puede adoptar medidas preventivas o cautelares de protección en caso de gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas, solicitando al Estado que tome las medidas necesarias para prevenir la violación de los derechos humanos de las víctimas; por ejemplo, estableciendo un sistema de vigilancia nocturna en la casa de la persona agraviada, habilitando un número de teléfono de emergencia, brindando protección personal hasta que desaparezcan las causas del peligro, etc.; y a su vez, (b) puede recibir denuncias o peticiones individuales para determinar si existe o no la violación de un derecho reconocido y someter el asunto a conocimiento de la Corte IDH. Es importante resaltar que la CIDH tiene competencia obligatoria para conocer de las peticiones presentadas y no requiere que los peticionarios tengan la condición de víctima de la violación.

Respecto de las medidas cautelares, en los últimos años la CIDH (a) ha ampliado su alcance a otros derechos distintos a la vida y a la integridad personal, (b) ha otorgado medidas colectivas o innominadas, y (c) ha formulado solicitudes sumamente específicas en cuanto a las medidas a adoptar. Este avance es importante en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, ya que la CIDH ha podido solicitar medidas cautelares encaminadas a proporcionar medicamentos necesarios para evitar la muerte de personas viviendo con VIH/SIDA y mejorar su calidad de vida (derecho a la salud), y a proteger el derecho a la educación y a la

⁵³⁰ Corte IDH, “*Otros Tratados*” *Objeto de la Función Consultiva de la Corte... op. cit.*, párr. 25.

familia. De hecho, dentro de las causas más comunes para otorgar medidas cautelares se encuentre el riesgo para la vida e integridad física, como consecuencia del estado de salud de las personas. En este sentido, la CIDH ha hecho una lectura correcta del artículo 63.2 de la Convención Americana en tanto que ha entendido que la urgencia, la gravedad y la irreparabilidad están referidas a los derechos de las personas, que no son otros que los reconocidos por el Pacto de San José,⁵³¹ dentro de los que se incluyen los derivados de su artículo 26.

Cuando la CIDH recibe una denuncia o petición individual, primero le transmite al Estado las partes pertinentes de la misma para que pueda hacer sus observaciones; asimismo, puede solicitar a la parte denunciante que envíe información adicional relevante en caso de que sea necesario. Después de ello, la CIDH puede decretar la admisibilidad o inadmisibilidad de la denuncia, observando si se cumplen con los requisitos formales para conocer del asunto. Con el cumplimiento de dichos requisitos se reafirma el carácter subsidiario de los sistemas de protección ya que, como lo hemos señalado anteriormente, lo que se pretende es brindar la oportunidad a los Estados para que reparen por sí mismos las violaciones de derechos humanos que se cometen dentro de sus jurisdicciones. En el caso del Sistema Interamericano, se exigen una serie de requisitos tales como (a) el agotamiento de los recursos internos, salvo que (a.1) no exista en la legislación interna el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; (a.2) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; (a.3) haya retardo injustificado en la decisión sobre los recursos mencionados; (a.4) exista un temor generalizado en el Estado demandado para plantear casos de derechos humanos por parte de abogados defensores en esa

⁵³¹ MÉNDEZ, Juan E. y DULITZKY, Ariel, "Medidas cautelares y provisionales", en COURTIS, Cristian, HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela (Comps.), *Protección internacional... op. cit.*, pp. 74-75 y 82.

materia; o (a.5) no haya asistencia letrada gratuita en materia penal; (b) una vez agotados los recursos internos se presente la denuncia dentro de los 6 meses siguientes al agotamiento de los recursos; y (c) que el caso no esté siendo conocido o no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional (art. 46 de la Convención Americana).

Una vez superada la fase de admisibilidad, se inicia lo que se conoce en el proceso como la “etapa de fondo”, en la cual se analiza, con la información ofrecida por el Estado y la parte denunciante, la existencia de violaciones concretas a derechos reconocidos en la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador o en otros instrumentos interamericanos. En este punto es importante resaltar que durante el proceso es permisible que la CIDH se ponga a disposición de las partes para que puedan llegar a una solución amistosa antes de emitir sus propias conclusiones y recomendaciones, o antes de llegar a soluciones más enérgicas.⁵³² Que se pueda llegar a una solución de este tipo implica que primeramente el Estado admita la posibilidad de haber cometido una violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros instrumentos pertinentes, por lo que la misma tiene como objetivo la satisfacción de las demandas del peticionario y que el acuerdo final, que tiene un carácter obligatorio, no implique una disminución de los derechos de las víctimas. Por ello es que la CIDH tiene que aprobar el acuerdo al que han llegado las partes para asegurar que el mismo esté fundado en el respeto a los derechos humanos, y a su vez tiene que supervisar su cumplimiento.⁵³³ Si finalmente no se llega a una solución amistosa, la CIDH elabora dentro de un plazo de 3 meses un informe confidencial conocido como “Informe número 50” (art. 50 de la Convención Americana) en el que expone los hechos denunciados, sus conclusiones

⁵³² Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Excepciones preliminares*, Sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 27.

⁵³³ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos... op. cit.*, pp. 432-463.

y observaciones, así como lo que hayan sostenido las partes en el procedimiento, y lo transmite al Estado con las recomendaciones que juzgue convenientes para que sean adoptadas por éste y se remedie la situación denunciada (arts. 48-51 de la Convención Americana).

Desde el momento en que el “informe número 50” es transmitido al Estado, comienza a correr el plazo señalado, tiempo durante el cual la CIDH puede decidir someter el caso a la Corte IDH; si bien esta decisión es una facultad discrecional de la CIDH, la misma no puede ejercerse arbitrariamente e impidiendo que las víctimas obtengan un pronunciamiento del máximo tribunal sobre su petición.⁵³⁴ Si dentro de ese tiempo el asunto no es sometido al tribunal, la CIDH sólo puede emitir su opinión y sus conclusiones sobre la cuestión puesta a su consideración, así como las recomendaciones que considere pertinentes fijando un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. Transcurrido dicho período de tiempo, la CIDH puede decidir si el Estado ha tomado o no dichas medidas y si publica o no su informe. En ese sentido, la CIDH puede (a) publicar su decisión (lo que es conocido como “Informe número 51”) o (b) enviar el caso a la Corte IDH, para lo cual los peticionarios tienen el derecho de presentar sus observaciones para argumentar las razones por las que consideran que el caso sea enviado al tribunal interamericano. En conclusión, en esta etapa del procedimiento la CIDH puede elaborar hasta tres tipos de informes: (a) el informe del artículo 49 de la Convención Americana cuya adopción depende de que las partes lleguen a un arreglo amistoso; (b) el informe del artículo 50 que depende de que no se haya llegado a una solución amistosa; y (c) el informe del artículo 51

⁵³⁴ Aunque el artículo 51 de la Convención Americana faculta a la CIDH a decidir si somete el caso a la Corte por medio de la demanda respectiva o bien si continúa con el conocimiento del asunto, ésta no es una decisión “discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención”, en Corte IDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-13/93, del 16 de julio de 1993, párr. 50.

que depende de que el caso no se halla sometido a conocimiento de la Corte IDH dentro de los 3 meses siguientes a la notificación del “informe número 50”.⁵³⁵

Es importante destacar que la CIDH ha creado varios grupos de trabajo internos con el objeto de organizar mejor su labor y desarrollarla más eficientemente; así, hasta el momento se han formado (a) el grupo de medidas cautelares, que se encarga de analizar la solicitudes de medidas cautelares recibidas y emitir recomendaciones al respecto para que sean tomadas por los comisionados al momento de resolver tales solicitudes; (b) el grupo de admisibilidades, que se dedica a examinar de forma preliminar las peticiones que llegan a la CIDH; (c) el grupo sobre cuestiones reglamentarias, que se ocupa de estudiar y elaborar propuestas de reforma de las normas reglamentarias de la CIDH; y (d) el grupo de la corte, que se encarga de los litigios de casos ante la Corte IDH.⁵³⁶

Además de estas dos acciones clásicas (medidas cautelares y sistema de peticiones individuales), en casos graves y urgentes la CIDH está facultada para realizar una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido una violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad (art. 48.2 de la Convención Americana); y también cuando la CIDH reciba una petición o comunicación sobre una supuesta desaparición forzada se dirigirá, por medio de su Secretaría Ejecutiva, en forma urgente y confidencial, al Estado denunciado solicitándole que proporcione a la mayor brevedad posible la información sobre el paradero de la persona presuntamente desaparecida y demás información que estime pertinente, sin que esta solicitud prejuzgue la admisibilidad de la petición

⁵³⁵ Para un análisis detallado de los informes “50” y “51”, véase, FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos... op. cit.*, pp. 467-500.

⁵³⁶ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *La protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano. Guía para defensores y defensoras de derechos humanos*, CEJIL/Fundación Sueca para Derechos Humanos, Buenos Aires, Argentina, 2007, pp. 152-153.

(art. XIV de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas). A diferencia de las medidas cautelares respecto de las cuales su solicitud queda a criterio de la CIDH, en este caso ésta está *obligada* a dirigirse expeditamente al Estado denunciado para conocer sobre el paradero de la persona presuntamente desaparecida. De esta manera, “lo anterior resulta en una suerte de amparo o hábeas corpus interamericano que tiene como objetivo evitar daños irreparables a las personas”.⁵³⁷

Por su parte, la Corte IDH en el desempeño de su función contenciosa determina si un Estado que ha aceptado su competencia ha incurrido en responsabilidad internacional por haber violado alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana, en el Protocolo de San Salvador o en otros instrumentos interamericanos que la facultan para ello, siendo sus sentencias obligatorias. Es preciso señalar que aunque existen al menos dos tratados regionales más que parecen otorga competencia tanto a la CIDH como a la Corte IDH para supervisar el cumplimiento de las obligaciones en ellos contenidas -la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención de Belém do Pará-, la Corte IDH se ha atribuido la competencia para aplicar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, pese a que sus redactores decidieron no incluir una referencia expresa y exclusiva al tribunal interamericano,⁵³⁸ ha encontrado violaciones específicas de sus disposiciones, y en consecuencia, ha ordenado la reparación adecuada a las víctimas.⁵³⁹

⁵³⁷ MÉNDEZ, Juan E. y DULITZKY, Ariel, “Medidas cautelares y provisionales”... *op. cit.*, pp. 87-88. En cuanto al mecanismo establecido en el artículo 48.2 de la Convención Americana, no existen antecedentes de su utilización; y en relación con el procedimiento consagrado en el artículo XIV de la Convención sobre Desaparición Forzada, fue utilizado por primera vez en el año 2002 en un caso contra Guatemala.

⁵³⁸ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la calle”*... *op. cit.*, párr. 244-249.

⁵³⁹ Corte IDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 08 de marzo de 1998, párr. 133-136.

Hay que recordar que la competencia contenciosa de la Corte IDH no deriva de forma directa e inmediata del hecho de que un Estado ratifique el Pacto de San José, sino que es necesario que dicho Estado haga una declaración en los términos del artículo 62 de tal convención, en el sentido de que cuando haga el depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, declare que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia del tribunal interamericano sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana. Como ya lo hemos señalado anteriormente, un Estado puede hacer esta declaración incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Además, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte IDH puede tomar las medidas provisionales que considere pertinentes, ya sea (a) por *motu proprio* en los asuntos que esté conociendo, o (bi) a petición de la CIDH si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento (art. 63.2 de la Convención Americana).

Es importante resaltar que con el nuevo Reglamento de la Corte IDH aprobado en noviembre de 2000 y en vigor desde el 1º de junio de 2001,⁵⁴⁰ las víctimas tienen *locus standi*, es decir, que están facultadas para participar autónomamente en todas las etapas del proceso contencioso ante el tribunal interamericano (art. 24 del Reglamento), lo cual representa un avance significativo en relación con el reglamento de 1996 que sólo les permitía participar autónomamente respecto de la CIDH en la etapa de reparaciones.⁵⁴¹ Gracias a esta reforma, cuando la

⁵⁴⁰ Para un análisis del vigente reglamento de la Corte IDH, véase CANÇADO TRINDADE, Antonio, "El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional", en CANÇADO TRINDADE, Antonio y VENTURA RODRÍGUEZ, Manuel, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ACNUR, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2003, pp. 13-107.

⁵⁴¹ El primer Reglamento fue aprobado por el tribunal interamericano en su III Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 30 de junio al 9 de agosto de 1980. Posteriormente, la Corte IDH reformó el

CIDH somete el caso a la Corte IDH, las víctimas pueden presentar sus propios argumentos directamente, sean iguales o diferentes a los de la CIDH y también ofrecer pruebas que la CIDH no haya presentado, aunque también hay que reconocer que esta opción está limitada a al marco fáctico definido en la demanda inicial, con lo cual los peticionarios se constituyen en sujetos semiautónomos ante la CIDH ya que dependen de ella en la presentación de la denuncia ante la Corte IDH y por lo tanto, es la CIDH quien, en virtud de su exclusiva legitimidad procesal, define el marco de acción de las víctimas, quienes no pueden decidir el contenido de la demanda a pesar de que tienen que ceñirse a ella para sus actuaciones procesales.⁵⁴²

En términos generales, el proceso está dividido en 3 etapas: (a) excepciones preliminares, (b) etapa de fondo, y (c) etapa de reparaciones, en cada una de las cuales todas las partes son escuchadas en virtud del principio del contradictorio.⁵⁴³ Como hemos visto, una de las limitaciones del procedimiento contencioso ante la Corte IDH es que para la tramitación de una petición es ineludible que sea sometida por la CIDH o por un Estado, dejando a las víctimas sin acceso directo al tribunal, aunque posteriormente y una vez iniciado el procedimiento las víctimas o sus representantes pueden actuar autónomamente ante la Corte IDH. Cuando el tribunal notifica la demanda al Estado en cuestión, éste cuenta con 4 meses para responderla por escrito, acto en el cual tiene la posibilidad de plantear las excepciones preliminares que estime oportunas, estando éstas relacionadas sobre todo con la

Reglamento en su XXIII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 18 de enero de 1991; en su XXXIV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996; en su XLIX Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000; y en su LXI Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003. El vigente reglamento fue reformado parcialmente por la Corte IDH en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

⁵⁴² VIANA GARCÉS, Andrée, "Sistema europeo y americano de protección de derechos humanos. Coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias", en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y VIANA GARCÉS, Andrée (Eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 66.

⁵⁴³ Este procedimiento está establecido en los artículos 61-69 de la Convención Americana y en los artículos 22-25 del Estatuto y 32-59 del Reglamento de la Corte IDH.

admisibilidad del caso por falta de competencia de la Corte IDH o por inexistencia de hechos que activen su jurisdicción contenciosa, entre otras cosas. Aunque la aceptación por parte del tribunal interamericano de la pertinencia de dichas excepciones puede evitar que se pronuncie sobre el fondo del asunto, la presentación de las mismas no suspende el procedimiento.

Por su lado, las partes en el proceso tienen un plazo de 30 días para responder a las excepciones presentadas por el Estado; y finalmente la Corte IDH está facultada para decidir si son procedentes, en la misma resolución en que decide sobre el fondo del asunto o en una resolución separada. También el tribunal puede llamar a una o varias audiencias en que recibe las declaraciones orales de testigos y peritos, así como los alegatos de las partes, después de las cuales éstas pueden presentar a la Corte IDH sus alegatos finales por escrito. Una vez que los pasos anteriores son evacuados, el tribunal interamericano dicta la respectiva sentencia motivada, la cual tiene un carácter definitivo e inapelable y sólo puede ser interpretada por la Corte IDH a solicitud de cualquiera de las partes –dentro de los 90 días a partir de la notificación– en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo (art. 67 de la Convención Americana). Además, cuando la sentencia no exprese en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de ellos puede agregar su opinión disidente o individual (art. 66 de la Convención Americana). Si el fallo de la Corte IDH determina que ha existido una violación a los derechos reconocidos en los instrumentos interamericanos que le confieren competencia, se ordena al Estado que tome las medidas de reparación pertinentes bajo la supervisión del propio tribunal; en caso de que el Estado no cumpla con la sentencia, la Corte IDH informa al respecto a la OEA para que tome las medidas políticas oportunas, aunque hay que recordar que cuando un Estado ratifica el Pacto de San José u otro instrumento interamericano y declara el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH, está

obligado a cumplir sus decisiones en todo los casos en que sea parte (art. 68 de la Convención American).⁵⁴⁴

2.2. La naturaleza de las obligaciones estatales.

En el apartado 2.1 del capítulo I señalamos que tradicionalmente se han diferenciado los derechos económicos, sociales y culturales de los derechos civiles en virtud del tipo de obligaciones que crean, pues se ha considerado que los primeros sólo generan obligaciones positivas a cargo del Estado, con su consecuente gravamen presupuestario que les convierte en derechos caros, mientras que los segundos sólo generan obligaciones negativas que exigen la mera abstención estatal y por consiguiente se constituyen en derechos baratos. Sin embargo, la práctica en materia de derechos humanos ha demostrado que tal distinción no es absoluta, ya que todos ellos se caracterizan por estar compuestos de pretensiones híbridas que exigen al Estado, en unos casos actuar y en otros abstenerse, ambas cuestiones con diferentes niveles de gradualidad.

Pese a ello, al momento de elaborar los instrumentos internacionales de derechos humanos se establecieron obligaciones específicas de distinto alcance para los derechos civiles y políticos, y para los derechos económicos, sociales y culturales. Así por ejemplo, en el ámbito universal los Estados se comprometen a *respetar* y *garantizar* los primeros, y a *adoptar* todas las medidas oportunas para hacerlos efectivos (art. 2 del PIDCP), mientras que en relación con los segundos, el compromiso de los Estados para *garantizarlos* está supeditado a la adopción de medidas hasta el máximo de los recursos disponibles hasta lograr progresivamente su plena efectividad (art. 2 del PIDESC). En otras palabras, en relación con los derechos civiles y políticos se establece la obligación de adoptar medidas *inmediatas*

⁵⁴⁴ Para un análisis completo y detallado de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, puede verse, por todos, PASQUALUCCI, Jo M., *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights... op. cit.*, pp. 81-229.

pero en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, la adopción de medidas está condicionada por su *progresividad* y por la disponibilidad de recursos.

En el ámbito americano, la obligación establecida en el artículo 26 de la Convención Americana se limita al compromiso de los Estados a adoptar las medidas necesarias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la medida de los recursos disponibles. Al observar el artículo 26, podemos corroborar que, pese a sus particularidades, este artículo fue elaborado siguiendo los términos del artículo 2.1 del PIDESC.

La importancia de este parecido radica en que ha sido una práctica constante de la Corte IDH tomar en cuenta otros instrumentos internacionales y normas relevantes del derecho constitucional, y lo que han establecido otros órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales del sistema universal y europeo para tratar de definir el alcance y contenido de un derecho objeto de su examen; de esta forma, la Corte IDH se ha auxiliado de algunos instrumentos relativos a los derechos laborales y de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical en el ámbito de la OIT;⁵⁴⁵ ha acudido al propio Protocolo de San Salvador y a alguna observación general del CDESC de la ONU;⁵⁴⁶ ha tomado en cuenta la Declaración y la Convención sobre los Derechos del Niño y alguna observación general del Comité de los Derechos del Niño de la ONU;⁵⁴⁷ ha acudido a la Convención para la Protección de los trabajadores Migrantes y sus Familias en el ámbito de la ONU;⁵⁴⁸ ha tomado en cuenta lo señalado por el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la

⁵⁴⁵ Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*, Sentencia de 2 de febrero de 2001.

⁵⁴⁶ Corte IDH, *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú...* *op. cit.*

⁵⁴⁷ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002; Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

⁵⁴⁸ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados...* *op. cit.*

Discriminación Racial, por el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas y por otros órganos internacionales;⁵⁴⁹ y en particular, ha usado extensivamente la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

De lo anterior se desprende que los órganos del Sistema Interamericano materializan de forma amplia el principio *iura novit curia*, en el sentido de utilizar tanto normas de aplicación (Convención Americana, Protocolo de San Salvador, etc.) como normas de interpretación (el PIDESC, la Convención sobre los Derechos del Niño, etc.).⁵⁵⁰ Por ello, considero que todo lo anteriormente expuesto nos faculta para hacer una lectura de las actuaciones, deliberaciones e interpretaciones de la Corte IDH a la luz de la práctica de dichos instrumentos y órganos externos al Sistema Interamericano, sobre todo la del CDESC, que a través de sus observaciones generales ha desarrollado ampliamente el contenido de algunos derechos económicos, sociales y culturales, lo que indudablemente representa una guía interpretativa y una herramienta fundamental para la activación de los órganos del Sistema Interamericano de cara a una protección más efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, para el tribunal interamericano es frecuentemente útil

⁵⁴⁹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

⁵⁵⁰ Aunque evidentemente la competencia interpretativa de la Corte IDH tiene ciertas restricciones, “ellas no se refieren forzosamente a la limitación de su función interpretativa a instrumentos internacionales concebidos dentro del sistema interamericano, pues es frecuente que los distintos órganos del mismo apliquen tratados que desbordan el ámbito regional.” De esta forma, el tribunal interamericano puede “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano”, en Corte IDH, “*Otros Tratados*” *Objeto de la Función Consultiva de la Corte... op. cit.* Las citas textuales corresponden, en su orden, a los párr. 20 y 21. Asimismo, la Corte IDH concluye “que el propio texto del artículo 64 de la Convención, el objeto y fin de la misma, las normas de interpretación consagradas en el artículo 29, la práctica de la Comisión y los trabajos preparatorios, están todos orientados unívocamente [a integrar el sistema regional con el universal]”, párr. 48.

[...] comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.⁵⁵¹

Por tal motivo, es importante recordar que en términos generales cuando un Estado ratifica un instrumento como el PIDESC, la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador o cualquier tratado de derechos humanos sin importar si garantiza derechos civiles y políticos o derechos económicos, sociales y culturales, se obliga a *respetar* los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, lo que implica no interferir en su libertad de acción y en el uso de sus propios recursos para satisfacer sus necesidades personales; se compromete a *proteger* a las personas y sus bienes frente a amenazas o ataques, lo cual exige su prevención y en su defecto, la investigación efectiva, el castigo a los responsables de tales actos y la reparación respectiva; y se obliga a *realizar* todas las actividades necesarias para fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos que aseguren el goce de sus derechos (*facilitar*), y cuando sus titulares no están en condiciones de hacerlo por sí solas, el Estado debe de realizar ese derecho directamente (*hacer efectivo*).⁵⁵²

En esa línea, la Convención Americana contiene dos obligaciones generales que los Estados deben de cumplir en relación con todos los derechos consagrados en ella; la primera obligación consiste en respetar los derechos y libertades reconocidos, y en garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción del Estado Parte, sin discriminación alguna por ningún motivo (art. 1.1);

⁵⁵¹ Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párr. 51.

⁵⁵² CDESC, *Observación General N° 12 (1999). El derecho a una alimentación adecuada (Art. 11)*, párr. 15.

la segunda obligación radica en adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2). Bajo estos parámetros podemos establecer la existencia de (a) una obligación de respeto y garantía, (b) una obligación de adoptar medidas legislativas y de otro carácter, y (c) una obligación de no discriminación. Además, pueden distinguirse (d) otras obligaciones que surgen de los derechos civiles y políticos reconocidos en la Convención Americana, y (e) obligaciones que surgen de las normas sobre suspensión de garantías, interpretación y aplicación, y sobre correlación entre deberes y derechos contenidas en los capítulos IV y V del Pacto de San José, respectivamente.⁵⁵³ Por su parte, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, la Convención Americana establece una obligación específica de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena realización de los mismos. A su vez, el Protocolo de San Salvador ratifica la obligación estatal de (a) adoptar medidas, (b) de adoptar disposiciones de derecho interno y (c) la obligación de no discriminación.

Teniendo como fondo el nivel tripartito de obligaciones para todos los derechos, en los siguientes apartados analizaremos las obligaciones generales y específicas que los Estados Partes en la Convención Americana y en el Protocolo de San Salvador deben cumplir para la efectiva realización de los derechos económicos, sociales y culturales en ellos reconocidos.

2.2.1. Obligación general de respetar y garantizar, y su aplicabilidad a la totalidad de la Convención Americana y sus protocolos.

Anteriormente señalamos que la tipología tripartita de obligaciones de respetar, proteger y cumplir puede aplicarse a todos los derechos humanos, sean

⁵⁵³ COURTIS, Christian, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en COURTIS, Cristian; HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela (Comps.), *Protección internacional... op. cit.*, p. 30.

estos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales; significativamente, tal tipología corresponde claramente y sin problemas a las obligaciones generales de respetar y garantizar establecidas en el artículo 1 de la Convención Americana, lo cual nos allana el camino para hacer uso de la doctrina especializada y de la práctica desarrollada por el CDESC en relación con tales obligaciones, que evidentemente enriquecen la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia.

Así, es claro que en la tipología tripartita de obligaciones, el primer nivel (respetar) tiene un carácter negativo, en el sentido tradicional de que implica un derecho a la no interferencia por parte del Estado; el segundo nivel (proteger) tiene un carácter positivo-preventivo, en el sentido básico de que el Estado debe adoptar medidas positivas para proteger los derechos contra toda intrusión y acción perjudicial por parte de terceros; y el tercer nivel (realizar) tiene un carácter positivo-facilitador, en tanto el Estado está en la obligación de facilitar las oportunidades para que los derechos puedan ser disfrutados, y en su defecto, realizar y garantizar directamente un derecho cuando sus titulares no son capaces de hacerlo por sí mismos.⁵⁵⁴ Esta última cuestión resulta sumamente importante cuando se trata de grupos más vulnerables de la sociedad, como la niñez, frente a la cual los Estados están obligados

[...] a intervenir para proveer las necesidades básicas de los niños, cuando sus familias no se encuentran en condiciones para hacerlo, antes de que se vean obligados a desplazarse hacia la calle por falta de techo o por la necesidad de buscar dinero, a través del trabajo, robo o mendicidad, para alimentarse.⁵⁵⁵

⁵⁵⁴ Véase *supra*, pp. 75-77.

⁵⁵⁵ CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia 1999*, 26 de febrero de 1999, Capítulo XIII., párr. 34.

Por su parte, en virtud del artículo 1.1 de la Convención Americana, la obligación de *respetar* tiene un carácter negativo que implica que los Estados deben abstenerse de realizar toda acción que constituya una violación de los derechos reconocidos en el Pacto de San José, ya que el “ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”. La obligación de *garantizar* tiene una naturaleza positiva e implica el deber estatal “de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público”,⁵⁵⁶ lo cual incluye la adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que se señalan en el artículo 2. A su vez, cuando se trata de personas o grupos vulnerables, de tales obligaciones generales derivan deberes especiales, “determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”.⁵⁵⁷ En este sentido, la Corte ha desarrollado una importante jurisprudencia sobre los deberes especiales estatales de cara a la protección de ciertos grupos vulnerables como la niñez,⁵⁵⁸ las personas desplazadas,⁵⁵⁹ los pueblos indígenas,⁵⁶⁰ las personas con algún tipo de discapacidad,⁵⁶¹ entre otros.

También es importante resaltar que de esta doble obligación general (respetar y garantizar) surge el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos por parte de las autoridades estatales y por los particulares,

⁵⁵⁶ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...* op. cit. Las citas textuales corresponden, en su orden, a los párrafos 165 y 166.

⁵⁵⁷ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 154.

⁵⁵⁸ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos del niño...* op. cit.; Íd., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004; Íd., *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”...* op. cit.

⁵⁵⁹ Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

⁵⁶⁰ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya...* op. cit.; Íd., *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005.

⁵⁶¹ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes...* op. cit.

y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por dicha violación; y a su vez, el deber de garantizar un contenido mínimo esencial,⁵⁶² lo cual es de suma importancia para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Para cumplir con estas obligaciones no es suficiente que el Estado garantice la mera existencia de un orden normativo, sino que es necesario “que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁵⁶³

La relevancia de determinar las obligaciones que surgen de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana radica en su alcance, en el sentido de (a) si sólo son aplicables al capítulo II de la Convención Americana que contiene derechos civiles y políticos, o (b) si también son aplicables respecto al artículo 26 del capítulo III que consagra “derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA”, y respecto de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Protocolo de San Salvador.

En relación con la aplicabilidad a todos los derechos establecidos en la Convención Americana, hay que ratificar que este instrumento es claro al señalar que los Estados están en la obligación de respetar “los derechos y libertades reconocidos

⁵⁶² MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, p. 177. En la misma línea, la obligación de respetar y garantizar incluye, entre otros, el deber estatal de (i) adoptar medidas jurídicas y administrativas apropiadas para prevenir las violaciones; (ii) investigar las violaciones, y cuando proceda, adoptar medidas contra los violadores de conformidad con el derecho interno e internacional; (iii) dar a las víctimas acceso imparcial y efectivo a la justicia con independencia de quien sea en definitiva el responsable de la violación; (iv) poner recursos apropiados a disposición de las víctimas; y (v) proporcionar o facilitar reparación a las víctimas, en Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Aprobados por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución 60/147 el 16 de diciembre de 2005, arts. I y II.

⁵⁶³ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras... op. cit.*, párr. 166-177.

en ella”, es decir, los derechos consagrados en la Parte II (arts. 2-25) y Parte III (art. 26); y en relación con la aplicabilidad de las obligaciones generales a los derechos consagrados en el Protocolo de San Salvador, se debe recordar que un protocolo es un instrumento que complementa un tratado principal de derechos humanos ya existente, y en general puede (a) referirse a una nueva área sustantiva que no fue incluida en el texto original del tratado principal o que fue incluida de manera marginal, o puede (b) referirse a aspectos de procedimiento sobre la forma en que dicho instrumento ha de ser supervisado por un órgano de vigilancia. En este caso, evidentemente el Protocolo de San Salvador perfecciona a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, y por ende, es parte integral de la misma. Por todo lo anterior, las obligaciones generales del artículo 1 y 2 de la Convención Americana son aplicables a *todos* los derechos consagrados en ella (arts. 3-26), así como a los reconocidos en el Protocolo de San Salvador, pues el instrumento principal junto con sus protocolos adicionales constituyen un todo normativo.

Para reafirmar la posición anterior, también es preciso remitirnos al artículo 29 de la Convención Americana que refleja el principio *pro homine* en el sentido de que prohíbe “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”, la cual, como ya hemos visto, contiene un importante número de derechos económicos, sociales y culturales, y sirve como guía ineludible para identificar los derechos humanos incluidos en la Carta de la OEA. De este modo, “excluir la aplicación de los artículos 1 y 2 de la Convención significaría adoptar una interpretación que excluya o limite el efecto de la Declaración Americana, frustrando el mandato expreso del artículo 29 inciso d)”.⁵⁶⁴

⁵⁶⁴ COURTIS, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”... *op. cit.*, pp. 30-31. En contra de esta posición véase, MEDINA QUIROGA, Cecilia, “Las obligaciones de los Estados bajo la

También es preciso señalar que el Protocolo de San Salvador contiene en sus artículos 1 y 2 las obligaciones generales de (a) adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el efectivo goce de los derechos allí contenidos; (b) adecuar el derecho interno estatal a los estándares señalados por dicho instrumento; y (c) garantizar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales sin discriminación alguna. En este sentido, además de las obligaciones generales de la Convención Americana que se aplican al artículo 26 y al Protocolo de San Salvador, estas obligaciones específicas deben aplicarse a todos los derechos contenidos en el Protocolo.

Por tanto, teniendo en cuenta que las obligaciones generales derivadas de los artículos 1 y 2 del Pacto de San José también son aplicables al artículo 26 referente a derechos económicos, sociales y culturales, y al Protocolo de San Salvador, las consecuencias jurídicas para la efectividad de estos derechos nos presenta un escenario favorable para lograr su protección eficaz pese a las limitaciones normativas de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador. Así, el deber de **prevenir** implica que el Estado debe adoptar

[...] todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales [...] Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o

Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en AA. VV., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005, pp. 227-230.

comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.”⁵⁶⁵

Dentro de este marco y sin ánimo de exhaustividad, tales medidas pueden ser (a) de regular el accionar de los poderes públicos y privados; (b) de realizar un monitoreo constante sobre la situación de los derechos humanos; (c) de realizar estudios de impacto para prevenir posibles efectos negativos sobre los derechos de la población; y (d) de remover los obstáculos estructurales que limitan el disfrute efectivo de tales derechos. (a) En relación con la función de *regular*, ésta implica que el Estado debe imponer límites legales sobre la conducta de los agentes públicos y privados para evitar que pueda afectar la vigencia de los derechos humanos, y establecer las sanciones correspondientes para quienes sobrepasen dichos límites. En este sentido, la Convención Americana ha reconocido la importancia de este deber al disponerlo en el artículo 2 de manera independiente de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1, por lo que un Estado que “no ha establecido la necesaria legislación interna que evite la violación de los derechos protegidos, o cuando exista la legislación interna pero ésta sea inadecuada para la prevención efectiva de posibles violaciones, cualquier daño concreto a esos derechos -sea cometido por la autoridad pública o por terceros- puede imputarse al Estado [...]”.⁵⁶⁶

Tal como lo ha señalado la CIDH, una de las tantas maneras en que un Estado puede violar un derecho reconocido en la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador u otros tratados interamericanos es mediante la omisión de dictar las normas adecuadas para hacer efectivo un derecho, y a través de la acción de dictar normas que no sean conformes al espíritu y letra de los tratados interamericanos, incluso si tales normas fueron adoptadas respetando los procedimientos estipulados en el ordenamiento jurídico interno, ya que “el hecho de que se trate de ‘leyes

Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...* op. cit., párr. 175.

⁵⁶⁶ MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...* op. cit., pp. 178-180.

internas' y de que estas hayan sido 'adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución', nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos".⁵⁶⁷

Bajo estos parámetros, un Estado puede ser responsable internacionalmente si no regula las prácticas industriales abusivas que perjudiquen alguno de los derechos reconocidos en la Convención Americana y en el Protocolo de San Salvador; como por ejemplo, cuando no imponga las sanciones adecuadas sobre aquellos empleadores que paguen salarios por debajo del mínimo legal (arts. 6 y 21 de la Convención Americana), coarten la libre sindicalización (art. 13 de la Convención Americana y 8.1 del Protocolo de San Salvador), contaminen las fuentes de agua o comercialicen alimentos o medicamento dañinos para la salud (arts. 4, 5 y 7 de la Convención Americana) o ejerzan la explotación infantil (arts. 6 y 19 de la Convención Americana).⁵⁶⁸

También un Estado puede ser responsable internacionalmente cuando ante la falta de una regulación efectiva ciertas industrias vierten desechos tóxicos directamente en el agua de la población, poniendo en riesgo el derecho a la vida (art. 4 de la Convención Americana) debido a las consecuencias que ello provoca, como el aumento de las enfermedades, una mayor incidencia de mortalidad infantil, "malformación de fetos, enfermedades y disminución de la esperanza de vida".⁵⁶⁹ Por tanto, un Estado no cumple con su obligación de garantizar los derechos

⁵⁶⁷ CIDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana...* op. cit., párr. 26-27.

⁵⁶⁸ MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...* op. cit., pp. 179-181.

⁵⁶⁹ Discurso del Presidente de la CIDH, Dr. Álvaro Tirado Mejía, ante el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos el 6 de febrero de 1995, en CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995*, 28 de febrero de 2006, Anexos. Discursos de la CIDH.

humanos cuando no establece “la estructura legal necesaria que procure evitar eficazmente” la violación de tales derechos.⁵⁷⁰

(b) Es evidente que no es suficiente el mero establecimiento de una estructura legal que regule los límites del poder público y privado respecto de los derechos humanos de la población, sino que es necesario que la legislación sea efectiva en la práctica pues es de sobra conocido que muchas violaciones de los derechos humanos persisten aún en Estados con constituciones políticas y legislación secundaria garantistas; en nuestro continente, prácticamente todos los Estados tienen importantes estructuras normativas que al menos en teoría garantizan los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana y los demás instrumentos interamericanos, por lo que en algunos casos el problema radica en la ineficaz puesta en ejecución de tales normas.⁵⁷¹ En este sentido, para prevenir efectivamente las violaciones a los derechos reconocidos es imperativo que los Estados realicen un monitoreo constante sobre la situación real de los derechos humanos para que puedan elaborar políticas públicas en las áreas de mayor prioridad,⁵⁷² y puedan ejercer un mayor control sobre las actuaciones de los poderes públicos y privados de conformidad con el respeto de tales derechos. Por ello, cuando en un Estado las leyes laborales, por ejemplo, son violadas masivamente sin que existan organismos administrativos (Inspectorías de Trabajo) o judiciales (tribunales laborales) eficaces e independientes que apliquen la ley, no sólo se genera la responsabilidad internacional del Estado en cuestión,⁵⁷³ sino también se pone en un serio peligro la institucionalidad democrática.

⁵⁷⁰ CIDH, *Informe N° 3/98, Caso 11.221. Tarcisio Medina Charry (Colombia)*, 7 de abril de 1998, IV. 2.g., párr. 107.

⁵⁷¹ Discurso del Presidente de la CIDH, Dr. Álvaro Tirado Mejía... *op. cit.*

⁵⁷² CDESC, *Observación General N° 1 (1989). Presentación informes por los Estados Partes*, párr. 3.

⁵⁷³ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994*, 17 de febrero de 1995, Capítulo IV. Guatemala. III., punto 3. Por tal razón, la CIDH ha señalado “la necesidad de reforzar instituciones como los servicios de vigilancia, mediación y negociación del Ministerio de Trabajo, la justicia laboral y otros organismos judiciales”.

(c) Por otro lado, cuando se ejecutan programas, políticas o proyectos públicos o privados los Estados tienen la obligación de asegurarse de que se realicen los respectivos estudios de impacto que evalúen los posibles efectos que pueden tener sobre la protección y promoción de los derechos humanos, especialmente de los sectores más vulnerables de la sociedad, y en caso de que tales efectos puedan ser negativos, se tomen las medidas adecuadas para evitar cualquier menoscabo a la vigencia de esos derechos. Este deber estatal deriva de las obligaciones generales de respetar (en el caso de proyectos públicos) y de garantizar (en el caso de proyectos privados) los derechos reconocidos; además de la prevención de una posible afectación de derechos, el cumplimiento de esta obligación fortalece el diálogo democrático en el sentido de que exige que las posibles comunidades afectadas sean consultadas sobre la pertinencia y seguridad de las medidas propuestas.⁵⁷⁴

En este sentido, la Corte IDH ha señalado que de conformidad con el artículo 1.1 del Pacto de San José y con el fin de garantizar los derechos humanos de los pueblos tribales, el Estado podría permitir la emisión de concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro de sus territorios, garantizando (c.1) la participación efectiva de los miembros de los pueblos tribales, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de sus territorios; (c.2) que los miembros de dichos pueblos se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de sus territorios; y (c.3) que no se emita ninguna concesión dentro de tales territorios a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la *supervisión* del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.⁵⁷⁵

⁵⁷⁴ MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, pp. 182-183.

⁵⁷⁵ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam... op. cit.*, párr. 126-158.

Para asegurar la participación real de las comunidades posiblemente afectadas, el Estado tiene el deber de realizar consultas efectivas y plenamente informadas que permitan que tales comunidades den su “consentimiento pleno e informado” a la realización de cualquier proyecto en sus territorios, lo cual requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso”,⁵⁷⁶ y de los posibles riesgos ambientales y de salubridad que podrían correr –si es que los hubieran- si finalmente aceptaran la realización de un proyecto, plan de desarrollo o de inversión dentro de sus territorios.⁵⁷⁷

(d) Finalmente, el deber de prevenir requiere que los Estados eliminen los obstáculos fácticos y normativos que mantienen la discriminación e impiden la igualdad, y en consecuencia, imposibilitan el disfrute efectivo de los derechos humanos, especialmente de los sectores más vulnerables de la sociedad; en este sentido, un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional cuando “no elimina rápidamente los obstáculos que está obligado a eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho”.⁵⁷⁸ Por ello, es preciso que los Estados (d.1) reformen sus estructuras básicas económicas y políticas estatales que impidan garantizar a todas las personas el acceso a sus derechos económicos, sociales y culturales; (d.2) garanticen un ambiente económico que permita a los sectores pobres participar en los procesos de decisión en materia política y económica; (d.3) aseguren

⁵⁷⁶ CIDH, *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.053, Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice*, 12 de octubre de 2004, párr. 142.

⁵⁷⁷ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam... op. cit.*, párr. 133.

⁵⁷⁸ Principios de Limburgo. Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, punto 72. Este documento es el resultado del trabajo desarrollado por un grupo de distinguidos expertos en Derecho Internacional reunidos en Maastricht, Países Bajos del 2 al 6 de junio de 1986, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, EE.UU) con el objeto de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del PIDESC.

que los sectores socialmente más vulnerables no sufran desproporcionadamente las consecuencias de las políticas económicas, sobre todo con la implementación de programas de ajuste estructural; y (d.4) eviten que se empeore la condición de pobreza de los sectores más desaventajados de la sociedad debido a la implementación de tales programas económicos.⁵⁷⁹

En relación con el **deber de investigar**, no se puede ignorar que pese a los esfuerzos estatales para prevenir violaciones a los derechos humanos es posible que éstas se produzcan por parte de particulares o agentes públicos que actúan fuera del marco legal establecido; de este modo, aunque inicialmente una violación de este tipo no sea imputable al Estado por tratarse de la acción de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, la falta de “la debida diligencia para prevenir la violación o tratarla en los términos requeridos por la Convención”⁵⁸⁰ es lo que hace surgir su responsabilidad. Por lo tanto, la falta de una investigación imparcial y efectiva implica que el Estado no cumple con su obligación de asegurar y proteger los derechos reconocidos en los tratados interamericanos, cuya protección también se extiende a los hechos posteriores a la infracción en el sentido que el Estado debe proporcionar un procedimiento adecuado para conocer la verdad de lo sucedido.⁵⁸¹

Por ello, cuando el aparato estatal actúa de modo que tales violaciones queden impunes, “y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”;⁵⁸² así las cosas, la negligencia

⁵⁷⁹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993*, 11 de febrero de 1994, Capítulo V. I. VI. Recomendaciones, puntos 1-4.

⁵⁸⁰ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...* *op. cit.*, párr. 172, 176 y 177.

⁵⁸¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso MacCann y otros v. Reino Unido*, Sentencia de 27 de septiembre de 1995, párr. 157.

⁵⁸² Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...* *op. cit.*, párr. 176.: “Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos [...]”

y poca seriedad en la investigación de los hechos que conduzca a la sanción de los responsables materiales e intelectuales de una violación, demuestran la tolerancia del Estado frente a las mismas y lo hace responsable internacionalmente por violar su deber de respetar los derechos reconocidos en el Pacto de San José y de garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto a las víctimas como a sus familiares.⁵⁸³ En este orden de ideas, el deber de investigar se constituye en una *obligación de medio o comportamiento* que no puede considerarse incumplida sólo porque no se produzcan resultados satisfactorios; no obstante, la Corte ha señalado que esta obligación

[...] debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.⁵⁸⁴

Por su parte, el deber de **sancionar** es esencial para que el Estado cumpla con su obligación de garantizar los derechos reconocidos y para que se fortalezca la institucionalidad democrática, ya que una de las consecuencias más serias de la falta de sanción a las violaciones a los derechos humanos es que se envía a la sociedad en su conjunto un mensaje intimidatorio, causando un temor generalizado que promueve el aplacamiento de las denuncias, reclamos y reivindicaciones de las víctimas, “alimentando la impunidad e impidiendo la plena realización del Estado de

⁵⁸³ Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras...* op. cit., párr. 134.

⁵⁸⁴ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...* op. cit., párr. 177.

derecho y la democracia”.⁵⁸⁵ Para evitarlo, es necesario que el Estado combata tal situación “por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares”.⁵⁸⁶

Además, el clima de impunidad, la denegación de justicia y la falta de seriedad estatal para investigar los hechos y sancionar a los responsables genera mayores sufrimientos a las víctimas y a sus familiares que afectan su integridad psíquica, física y moral (art. 5.1 de la Convención Americana),⁵⁸⁷ en el sentido de sufrir una doble afectación, pues por un lado sufren directamente los daños causados por la afectación de sus derechos, y por el otro, sienten la impotencia de no poder obtener justicia por parte del Estado y de saber que los responsables de tal afectación no han sido sancionados.⁵⁸⁸ El deber de investigar implica también que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance el derecho de las víctimas y sus familiares de conocer las circunstancias que han rodeado la violación de un derecho y quiénes son responsables de la misma,⁵⁸⁹ pues ello “es esencial para el combate a la impunidad, y se encuentra ineluctablemente ligado a la propia realización de la justicia, y a la garantía de no repetición”⁵⁹⁰ de las violaciones a los derechos humanos.

⁵⁸⁵ CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, 07 de marzo de 2006, párr. 140.

⁵⁸⁶ Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párr. 170. Por tanto, la impunidad puede ser definida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.

⁵⁸⁷ Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 160; *Íd., Caso de los “Niños de la calle”... op. cit.*, párr. 115.

⁵⁸⁸ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la calle”... op. cit.*, párr. 173.

⁵⁸⁹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras... op. cit.*, párr. 181; *Íd., Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 181.

⁵⁹⁰ Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala... op. cit.*, voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade, párr. 32.

Sólo cuando se esclarecen todas las circunstancias de la violación a un derecho humano se puede considerar que el Estado ha proporcionado a las víctimas y a sus familiares un recurso efectivo y ha “cumplido con su obligación general de investigar y sancionar, permitiendo a los familiares de la víctima conocer la verdad;”⁵⁹¹ si bien el derecho a la verdad como tal no está reconocido expresamente en ningún instrumento interamericano, él mismo constituye un principio emergente del derecho internacional y tiene su origen en una serie de normas convencionales que protegen el derecho de los familiares y la sociedad de “obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento”⁵⁹² de todos los responsables. Por tanto, la importancia de conocer la verdad sobre una violación a un derecho radica en que sólo así es posible esclarecer las circunstancias que rodearon los hechos y de esta manera poder sancionar tanto a los responsables materiales como intelectuales de los mismos,⁵⁹³ lo cual tiene (a) un carácter colectivo pues permite que la sociedad tenga acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, lo cual es fundamental cuando los involucrados en violaciones a derechos humanos están relacionados con altas esferas del poder político y económico de un país, especialmente cuando se trata de grandes corporaciones que muchas veces actúan sin la regulación adecuada; y (b) un carácter particular como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido, pues la verdad se constituye por sí misma en una forma de reparación.⁵⁹⁴

Por todo lo anterior, para que los Estados cumplan eficazmente con su obligación de sancionar las violaciones a los derechos económicos, sociales y

⁵⁹¹ Corte IDH, *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de febrero de 2002, párr. 109.

⁵⁹² Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala... op. cit.*, párr. 201.

⁵⁹³ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, 13 de abril de 2000, Capítulo II. 5. Informe N° 136/99 Ignacio Ellacuría, S.J. y otros. Caso 10.488 (El Salvador), párr. 187.

⁵⁹⁴ Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala... op. cit.*, párr. 197.

culturales deben establecer medidas eficaces para evitar la posibilidad de impunidad en cualquier violación y para asegurar que ninguna persona que pueda resultar responsable de la misma goce de inmunidad de responsabilidad por sus acciones.⁵⁹⁵ Así por ejemplo, los Estados tienen la obligación de sancionar los delitos cometidos por servidores públicos o agentes privados en casos de corrupción que atenten contra los derechos económicos, sociales y culturales, pues el no hacerlo genera la responsabilidad internacional del Estado.⁵⁹⁶

Finalmente, en virtud de los principios generales del derecho internacional cuando un Estado transgrede una norma internacional se genera su responsabilidad internacional y como consecuencia tiene el deber de **reparar**, tal como fue recogido por la propia Convención Americana en su artículo 63.1.⁵⁹⁷ En virtud de ello, la Corte IDH ha señalado que,

[...] al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la mencionada violación.⁵⁹⁸

En ese sentido, la reparación del daño causado requiere el pleno restablecimiento de la situación anterior a la violación de un derecho (*restitutio in integrum*); de no ser posible, le corresponde al órgano de vigilancia respectivo ordenar la adopción de las medidas pertinentes para que se reparen las consecuencias que originaron las transgresiones y se efectúe el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados en el caso pertinente.

⁵⁹⁵ Directrices de Maastricht, n° 27.

⁵⁹⁶ Declaración de Quito, puntos 22 y 28.

⁵⁹⁷ Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 202.

⁵⁹⁸ Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 3 de diciembre de 2001, párr. 40.

Evidentemente, las medidas de reparación tienen por objeto hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, por lo que la naturaleza y el monto de las mismas dependen del daño causado tanto en el plano material como inmaterial.⁵⁹⁹ Tal como lo señalado la Corte IDH,

La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte (...). La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos.⁶⁰⁰

Por último, de la obligación general de garantizar que hemos venido desarrollando se deriva también el deber de los Estados de asegurar que todas las personas bajo su jurisdicción disfruten al menos de un **nivel mínimo esencial** de sus derechos, independiente de su nivel de desarrollo económico,⁶⁰¹ de la disponibilidad de recursos o de cualquier otro factor o dificultad, por lo que pueden incurrir *prima facie* en una violación de sus responsabilidades internacionales cuando “un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de

⁵⁹⁹ Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros...* op. cit., párr. 203 y 205.

⁶⁰⁰ Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 41.

⁶⁰¹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993...* op. cit., (ii) El principio del desarrollo progresivo, párr. 3. Principio de Limburgo nº 25.

salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza”.⁶⁰² Aunque sobre este punto volveremos más adelante, es preciso señalar que aunque el deber de garantizar el disfrute de niveles esenciales de los derechos económicos, sociales y culturales no es expresamente establecido en el texto de la Convención Americana, si ésta fuese leída de tal forma “que no establezca una obligación mínima esencial que asegure, por lo menos, una vida que no cabe por debajo de cualquier definición racional de dignidad humana, también carecería en gran medida de su razón de ser”.⁶⁰³

Sobre la base de todo lo anterior podemos concluir que en virtud de la obligación de *respetar*, el Estado y sus agentes están en el deber, por ejemplo, de no matar arbitrariamente (derecho a la vida) de no torturar (derecho a la integridad personal) o de no contaminar el medio ambiente (derecho a la salud). Por otro lado, en virtud de la obligación de *garantizar*, el Estado está en el deber de proteger a las personas no sólo de los actos ilícitos de sus agentes, sino también de los particulares mediante la prevención, la investigación y sanción de las violaciones a los derechos reconocidos, y la reparación de los daños producidos. Así por ejemplo, cuando el acceso a los niveles mínimos de subsistencia es obstaculizado por agentes públicos o privados o por razones estructurales relacionadas con la política económica y social de un país, sin que el Estado tome las medidas necesarias para solventar tal situación, entonces dicho Estado puede incurrir en responsabilidad internacional en virtud de los artículos 1 y 2 del Pacto de San José. Por tanto, de acuerdo al principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, éste es internacionalmente responsable por todo *acto* u *omisión* de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos reconocidos en la Convención Americana y en otros tratados ratificados por el Estado en cuestión.⁶⁰⁴

⁶⁰² Directrices de Maastricht, n° 9.

⁶⁰³ MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, p. 190.

⁶⁰⁴ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la calle”... op. cit.*, párr. 220.

2.2.2. Obligación de adoptar medidas legislativas y de otro carácter.

Una de las obligaciones que los tratados de derechos humanos como la Convención Americana (art. 2) y el Protocolo de San Salvador (arts. 1 y 2) imponen a los Estados que los ratifican, es la de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos en ellos contenidos, ya que en virtud de una regla básica del derecho internacional, “todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole”.⁶⁰⁵ Es preciso resaltar que el hecho de que se requieran tales medidas para cumplir con esta obligación, no significa que la aplicación de la Convención Americana y sus protocolos “dependa exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes”.⁶⁰⁶ Además, esta es una obligación que debe ser cumplida de forma inmediata en el sentido de realizar, dentro de un plazo razonablemente breve a partir de la ratificación de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador, acciones deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en tales instrumentos. Por ello es que, en ámbitos tan importantes como la salud y la educación, “las medidas legislativas pueden ser asimismo un elemento indispensable a muchos efectos”.⁶⁰⁷

En este sentido, la adopción de medidas para lograr la efectividad de los derechos requiere que, además de las medidas legislativas precisas para suplir eventuales lagunas o insuficiencias del derecho interno, o para realizar las

⁶⁰⁵ Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, párr. 30.

⁶⁰⁶ DULITZKY, Ariel E., “Alcance de las obligaciones internacionales de derechos humanos”, en MARTIN, Claudia, RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y GUEVARA B., José A. (Comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana/American University/Fontamara, México, 2004, p. 89.

⁶⁰⁷ CDESC, *Observación General N° 3 (1990)... op. cit.*, párr. 2-3.

modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones estatales, el Estado adapte su actuación a la normativa de la Convención y sus protocolos. Por lo tanto, esta obligación general implica que tales medidas de derecho interno (normativas y de conducta) sean efectivas (principio del *effet utile*),⁶⁰⁸ en el sentido de que tengan un impacto real en la vida cotidiana de la gente. Aunque los Estados gozan de una amplia discrecionalidad para disponer el tipo de medidas a adoptar, tienen que justificar las razones por las que han elegido determinadas medidas y no otras, ya que a fin de cuentas, al órgano de vigilancia pertinente le corresponde determinar si se han adoptado todas las medidas necesarias o si ellas son o no apropiadas.⁶⁰⁹

Anteriormente señalamos que las obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana son aplicables al artículo 26, y al Protocolo de San Salvador, en consecuencia, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas legislativas y de otro carácter, que sean necesarias para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, si es que no estuvieran ya garantizados en el ordenamiento jurídico interno. De este modo, los Estados (a) deben suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en el Pacto de San José y sus protocolos, y (b) deben expedir normas y desarrollar prácticas conducentes a la efectiva realización de tales garantías.⁶¹⁰ Además, esta “obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado”.⁶¹¹

⁶⁰⁸ Corte IDH, *Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 87.

⁶⁰⁹ CDESC, *Observación General N° 3 (1990)*... *op. cit.*, párr. 4.

⁶¹⁰ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párr. 207; Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*... *op. cit.*, párr. 118.

⁶¹¹ Corte IDH, *Caesar vs. Trinidad y Tobago, Fondo, reparaciones y costas*, Sentencia de 11 de marzo de 2005, párr. 93.

En este sentido, la obligación contenida en el artículo 2 tiene un carácter marginal para aquellos supuestos en los que el artículo 1.1 resulte insuficiente en el sentido de que determinados derechos pueden necesitar normas o medidas internas complementarias para ser aplicados de forma inmediata. Tal como lo señala Piza Escalante,

[...] tratándose de derechos reconocidos por la Convención de manera inmediata e incondicional, basta con el deber de los Estados Partes de respetarlos y garantizarlos, de conformidad con el artículo 1.1, para que sean plenamente exigibles frente a esos Estados de la misma manera inmediata e incondicional, por lo menos como derechos de la Convención, que es lo único sobre lo cual la Corte ejerce su jurisdicción. Lo que ocurre es que algunos derechos, de conformidad con su naturaleza o con la propia Convención, carecen de esa virtualidad sin que normas u otras medidas complementarias permitan tenerlos por plenamente exigibles, como ocurre, por ejemplo, con los políticos (art. 23) o con los de protección judicial (art. 25), que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención, es decir, en el plano internacional, y no sólo como cuestión del orden interno de cada Estado: si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, éste sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible.⁶¹²

⁶¹² Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta... op. cit.*, opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 27.

De cualquier manera, entre las medidas que los Estados están obligados a llevar a cabo de forma inmediata, pues además no suponen la erogación de recursos públicos, es la de adecuar el derecho interno a las disposiciones del tratado en cuestión, mediante (a) la derogación de toda norma jurídica contraria a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, como por ejemplo, las que impidan la libertad de asociación y sindicalización o las que impongan cuotas a la educación primaria; y a través de (b) la eliminación de cualquier discriminación *de jure* (toda legislación, regulación y práctica discriminatoria, incluyendo acciones de omisión y comisión) que afecte el goce y disfrute efectivo de tales derechos, y cualquier discriminación *de facto* que “resulte de una desigualdad en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales debido a una escasez de recursos u otros factores”.⁶¹³

Cuando un Estado no lleva a cabo la adopción de medidas en las dos vertientes mencionadas anteriormente (suprimir y expedir), contraviene no sólo las normas convencionales que consagran los respectivos derechos, sino también el artículo 2 de la Convención Americana.⁶¹⁴ Por tanto, la omisión del Estado en adoptar tales medidas para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales podría constituirse en una violación del Pacto de San José en relación con sus artículos 1 y 2 de forma general, y los artículos 1 y 2 del Protocolo de San Salvador de forma específica.

2.2.3. Obligación de no discriminación.

La obligación de garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación alguna debe ser asumida de forma inmediata por los Estados, ya que la misma no está subordinada a su implementación gradual ni a la disponibilidad de recursos, y

⁶¹³ Principios de Limburgo, n° 37 y 38.

⁶¹⁴ Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párr. 97-98.

evidentemente, “abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente”.⁶¹⁵

Es factible señalar que el no ser objeto de discriminación puede concebirse como un “metaderecho”, en el sentido de que designa el derecho humano de las personas a que el Estado adopte las medidas necesarias para lograr (a) el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás y (b) la realización efectiva de todos los derechos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, sin establecer jerarquías entre ellos, lo cual implica el diseño y aplicación de políticas públicas que persigan tales fines.⁶¹⁶ Bajo estos parámetros, el derecho humano a la no discriminación no permite ser categorizado como un derecho civil y político, o como un derecho económico, social y cultural.⁶¹⁷ En este sentido, la Corte IDH ha hecho una interpretación amplia sobre el derecho a la no discriminación y a la igualdad ante la ley, a tal punto que los ha considerado como imperativos del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, lo cual implica que

[...] pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social,

⁶¹⁵ CDESC, *Observación General N° 13 (1999). El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, párr. 31.

⁶¹⁶ Para Sen, un metaderecho a algo [“x”] puede ser definido como el derecho a tener políticas estatales [“p(x)”] que persigan genuinamente el objetivo de hacer realizable el derecho a “x”, en SEN, Amartya, “The right not be hungry”, in ALSTON, Philip and TOMAŠEVSKI, Katrina (Eds.), *The right to food... op. cit.*, p. 70.

⁶¹⁷ SCHEININ, Martin, “Justiciability and the indivisibility of human rights”, en SQUIRES, John, LANGFOR, Malcom y BRET, Thiele (Eds.), *The road to a remedy... op. cit.*, pp. 21-22.

nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.⁶¹⁸

Por tanto, la no discriminación está íntimamente ligada al derecho a la igualdad ante la ley (art. 24 de la Convención Americana), en el sentido de que el reconocimiento de tal igualdad prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal, prohibición que se encuentra ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por el Pacto de San José, extendiéndose al derecho interno de los Estados. Por tanto, con base en esas disposiciones, los Estados se comprometen a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley, ya que impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de todos los derechos humanos. De tal manera,

[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.⁶¹⁹

En tal sentido, si la parte final del artículo 1.1 prohíbe al Estado discriminar por diversas razones, entre ellas la posición económica, el sentido de la expresión

⁶¹⁸ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados...* *op. cit.*, párr. 100-101.

⁶¹⁹ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica...* *op. cit.*, párr. 54-55.

“discriminación” que menciona el artículo 24 debe ser interpretado a la luz del artículo 1.1; por tanto, si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención Americana le garantiza, se ve impedido en el disfrute de los mismos por su posición económica u otra de las razones prohibidas internacionalmente, queda discriminada y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley.⁶²⁰

Evidentemente, no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, en el sentido de no atentar por sí mismo contra la dignidad humana, ya que existen ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que las mismas se consideren contrarias a la justicia, sino más bien vehículos para realizarla o para proteger a los sectores más vulnerables de la sociedad,⁶²¹ como es el caso de las mujeres, la niñez, las personas con algún tipo de discapacidad, las personas mayores, los pueblos indígenas y afro descendientes, etc.

Por lo tanto, para determinar qué diferencias de tratamiento son o no discriminatorias, es necesario establecer criterios objetivos de razonabilidad, proporcionalidad y justicia; de esta manera, no habría discriminación

[...] si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de

⁶²⁰ Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párr. 22.

⁶²¹ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política... op. cit.*, párr. 56.

la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.⁶²²

Todo lo señalado anteriormente es particularmente importante en América Latina donde la discriminación por motivos económicos y sociales es una de las principales causas de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual se ve reflejado sobre todo en “los conceptos de raza y antecedentes étnicos así como a lo largo de la división urbana y rural, [que] perpetúa y contribuye a una vasta discriminación, particularmente en los aspectos relativos a la dotación de servicios sociales y gasto público para servicios esenciales tales como atención médica, educación y vivienda”. Por ello, para garantizar el derecho a la no discriminación y a la igualdad ante la ley no solamente se requiere que los Estados se abstengan de realizar prácticas discriminatorias y de remover las normas legales que las promueven o permiten, sino también deben adoptar medidas positivas para corregir la inequidad social, puesto que “cuando la discriminación histórica se ha convertido en parte de la estructura social, la mera aprobación de leyes y la ausencia de una conducta pública no discriminatoria no son suficientes para garantizar la igualdad ante la ley. Se precisan, adicionalmente, medidas positivas”.⁶²³

En este orden de ideas, la CIDH ha manifestado que

Las garantías de protección igual ante la ley y de la ley, establecidas en el artículo 24 de la Convención Americana, y la prohibición de la discriminación estipulada en el artículo 1.1, son esenciales para que los individuos estén habilitados para disfrutar toda la gama de sus derechos y libertades fundamentales. En los casos en que ciertos grupos de la población históricamente han sido objeto de cierta forma de

⁶²² *Ibíd.*, párr. 57.

⁶²³ MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.* Las citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 216 y 225.

discriminación pública o privada, la existencia de disposiciones legislativas puede no bastar como mecanismo para asegurar su igualdad en la sociedad. El derecho a igual protección de la ley y a ser iguales ante la ley también puede exigir la adopción de medidas positivas para establecer la protección contra un tratamiento discriminatorio en los sectores público y privado. Por ejemplo, quizás sea necesario adoptar medidas positivas para asegurar la igualdad de tratamiento en las esferas pública y privada de la educación y el empleo.⁶²⁴

De este modo, cuando las diferencias en el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales son abismales y discriminan efectivamente a grandes sectores de la población, especialmente a los más vulnerables, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las providencias necesarias en la medida de los recursos disponibles para hacer efectivos tales derechos,⁶²⁵ puesto que cuando una persona no está en condiciones de satisfacer sus necesidades básicas debido a la pobreza, se restringe su capacidad para gozar de *todos* sus derechos humanos, y en consecuencia, se ve imposibilitada a participar activamente en las decisiones políticas de su comunidad, debilitándose así el Estado de derecho y la democracia. Por tanto, las obligaciones que emanan del artículo 1 de la Convención Americana requieren que el Estado garantice las condiciones básicas para proteger los derechos de los grupos vulnerables y marginados de la sociedad, entre los que se incluyen los que

⁶²⁴ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador... op. cit.*, Capítulo X: Los derechos humanos de los afroecuatorianos, párr. 8.

⁶²⁵ CIDH, *Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, 1 de junio de 1993, Capítulo I. Conclusiones, párr. 2-3. En un caso en el que una persona fue excluida del acceso al mercado de trabajo por su raza, la CIDH encontró responsable al Estado en cuestión de violar el artículo 24 de la Convención Americana por permitir que dicha conducta permaneciera impune, "convalidándola implícitamente o prestando su aquiescencia [ya que] la igual protección ante la ley exige que toda manifestación de práctica racista sea diligentemente tratada por las autoridades judiciales", en CIDH, *Informe N°66/06. Caso 12.001. Fondo. Simone André Diniz (Brasil)*, 21 de octubre de 2006. En otro caso, el Estado guatemalteco en cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH, reformó el Código Civil con el fin de superar la privación de la capacidad legal de las mujeres casadas en Guatemala, lo cual constituía una discriminación de género que dificultaba o anulaba la capacidad de la mujer para ejercer libre y plenamente sus derechos, en CIDH, *Informe N° 4/01, Caso 11.625. María Eugenia Morales de Sierra, (Guatemala)*, 19 de enero de 2001.

sufren los efectos de la pobreza. En este sentido, los principios generales de no discriminación e igualdad reflejados en los artículos 1 y 24 del Pacto de San José “requieren la adopción de medidas destinadas a superar las desigualdades en la distribución interna y las oportunidades”.⁶²⁶

Así las cosas, cuando un Estado no adopta dichas medidas que en definitiva aseguren el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales de la población, especialmente de los sectores más vulnerables, mediante la eliminación de todos los obstáculos de *facto* o de *jure* que impidan su acceso a bienes básicos como la salud o la educación, basándose en fundamentos prohibidos como la situación económica, origen social, etc., entonces puede ser hallado responsable internacionalmente, si “(1) el hecho de que un servicio o bien público haya sido accesible a personas que están en una condición similar a la suya y que sin embargo le fue *inaccesible* al denunciante; y (2) que la política que está detrás de tal inaccesibilidad carece de un propósito legítimo, objetivo y razonable o no se relaciona razonablemente con el fin legítimo que se persigue”. Bajo estos parámetros, no hay ninguna duda de que el principio de no discriminación, como norma procesal justiciable, puede aplicarse plenamente tanto a los derechos económicos, sociales y culturales como a los derechos civiles y políticos.⁶²⁷

Finalmente, hay que señalar que la prohibición de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, ya que debe reprobarse en todos los casos, ya sea que se proyecte sobre derechos considerados esenciales, como los referentes a la vida, la integridad física o la libertad personal, entre otros, o sobre derechos a los que algunos asignan un rango distinto. Sin duda alguna es discriminatorio prever sanciones diferentes por las mismas faltas en función de la pertenencia a

⁶²⁶ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador... op. cit.*, B. El contexto económico y derechos contaminantes, párr. 21.

⁶²⁷ MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, pp. 221 y 228.

determinados grupos sociales, religiosos o políticos. “Lo es negar el acceso a la educación a los integrantes de un grupo étnico y permitirla, en cambio, a los miembros de otro. Y lo es --bajo el mismo título de reproche-- proveer a unas personas con todas las medidas de protección que merece la realización de un trabajo lícito, y negarlas a otras personas que despliegan la misma actividad, arguyendo para ello condiciones ajenas al trabajo mismo, como son las derivadas, por ejemplo, de su status migratorio”.⁶²⁸

En tal sentido, un Estado que se declare respetuoso de los derechos humanos y se muestre verdaderamente interesado en un desarrollo democrático y eficaz, debe sostenerse sobre la igualdad y no discriminación de las personas sujetas a su jurisdicción, y sobre la plena incorporación de las mismas “en la vida pública, social y económica, aprovechando y desarrollando sus valores humanos, culturales y organizativos”.⁶²⁹

2.2.4. Obligaciones que surgen de normas aplicables a derechos civiles y políticos.

Además de las obligaciones generales que hemos analizado, la Convención Americana consagra determinadas obligaciones que tienen como fuente a los derechos civiles y políticos, las cuales pueden ser aplicadas sin ningún problema a los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el artículo 26 de dicho instrumento y a los derechos consagrados en el Protocolo de San Salvador. Por su relevancia, mencionamos especialmente el derecho a las garantías judiciales, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la protección judicial, establecidos en los artículos 8, 24 y 25 del Pacto de San José, respectivamente.

⁶²⁸ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes... op. cit.*, voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 20.

⁶²⁹ CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas de las Américas*, 20 de octubre de 2000, Capítulo I. 2. A.

Debido a que en el apartado 2.2.3 anterior analizamos la relación del derecho a la igualdad ante la ley con respecto a la obligación de no discriminación y a que en el apartado 1.2 del capítulo IV ahondaremos en el análisis de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, aquí nos limitaremos a señalar brevemente algunos aspectos complementarios sobre los mismos. Con respecto al artículo 8.1, se establece que toda persona tiene derecho

a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, **o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.** (Resaltado añadido).

De la lectura de este artículo se infiere que las garantías en él señaladas pueden aplicarse no sólo en situaciones en que una persona sea acusada penalmente, sino también cuando se ventile un asunto judicial o administrativo relacionado con sus derechos laborales u otros derechos económicos, sociales y culturales. Por tanto, en virtud de este artículo un Estado debe garantizar a las personas bajo su jurisdicción el derecho a las garantías procesales, el derecho a obtener un respuesta en un plazo razonable, y el derecho a que su asunto sea escuchado y juzgado por un juez o tribunal independiente, imparcial y competente, independientemente de que se trate de un derecho civil, político, económico, social y cultural.

Ahora bien, ya hemos señalado que en relación con estos últimos derechos no se han desarrollado plenamente las garantías necesarias para su debida protección en sede judicial y cuasi-judicial, por lo que de la lectura conjunta del artículo 8.1 con el artículo 2 de la Convención Americana que prevé el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, resulta la obligación estatal de brindar recursos judiciales y otros recursos efectivos para reparar las violaciones de los derechos

económicos, sociales y culturales establecidos en el artículo 26 del Pacto de San José. En este sentido, cuando el ejercicio de tales derecho no estuviere garantizado, entre las medidas que se consideran apropiadas, “además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables [ya que] el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos”.⁶³⁰

Así las cosas, es necesario superar la proclamación de los derechos económicos, sociales y culturales sin la provisión de sus garantías para que no se conviertan en formulaciones estériles que generan expectativas pero sólo producen frustraciones, con lo cual se pone en riesgo la gobernabilidad democrática. Tal como lo ha señalado el juez García Ramírez,

[...] es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia.⁶³¹

En cuanto al derecho a la igualdad ante la ley, el artículo 24 que lo contiene establece que todos somos “iguales ante la ley”, ya que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es

⁶³⁰ CDESC, *Observación General N° 3 (1990)*... *op. cit.*, párr. 5.

⁶³¹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes*... *op. cit.*, voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 36.

inseparable de la dignidad esencial de la persona”.⁶³² De ello se deriva el derecho a ser protegidos por la ley en igualdad de condiciones que el resto y por tanto, sin discriminación. De la lectura de este artículo se desprenden dos cuestiones importantes para la protección de *todos* los derechos; en primer lugar, al no mencionarse el contenido o materia de la ley ante la cual todas las personas deben ser tratadas con igualdad, se deduce que su aplicación no sólo se limita a las disposiciones que contienen derechos civiles y políticos, sino que se extiende también a aquellas normas que desarrollan los derechos económicos, sociales y culturales;⁶³³ y en segundo lugar, que la protección de la igualdad ante la ley se extiende más allá de los derechos protegidos en los instrumentos interamericanos y garantiza también “el trato igual de manera amplia en el ámbito interno”.⁶³⁴

Finalmente, en relación con el derecho a la protección judicial, el artículo 25 establece que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. En virtud de ello, los Estados tienen la obligación de (a) garantizar que las personas que interpongan un recurso obtengan una decisión imparcial de la autoridad competente; (b) asegurar el cumplimiento o la ejecución de la decisión en que se haya estimado procedente el recurso; y (c) en caso de no existir dentro del ordenamiento jurídico interno los recursos judiciales idóneos, colmar dicha laguna mediante el desarrollo de las posibilidades de recurso judicial.

⁶³² Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica... op. cit.*, párr. 55.

⁶³³ COURTIS, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” ... *op. cit.*, p. 37.

⁶³⁴ KRSTICEVIC, Viviana, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano” ... *op. cit.*, p. 195.

Es importante resaltar que este artículo reconoce el derecho a un recurso rápido y sencillo contra actos u omisiones que transgredan derechos humanos reconocidos en tres niveles: la propia Convención Americana y sus protocolos, la Constitución del Estado en cuestión y sus leyes secundarias. Por tanto, si el artículo 26 reconoce derechos económicos, sociales y culturales, entonces una de las obligaciones estatales es proveer ese tipo de recursos en caso de no existir; la misma obligación tiene un Estado que ha ratificado el Pacto de San José si su Constitución o una ley interna reconoce derechos económicos, sociales y culturales pero que no existen los recursos necesarios que le permitan obtener reparación en caso de una violación de los mismos. Tomando en cuenta la experiencia jurídica de los ámbitos internos latinoamericanos, tales recursos –rápidos y sencillos- son la acción o recurso de amparo, la acción de tutela y el recurso de protección;⁶³⁵ y en caso de que los Estados incumplan decisiones judiciales que le impongan obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales, o en caso de que tales recursos no estén dispuestos en el ordenamiento nacional puede constituir una violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana.⁶³⁶ En palabras de la Corte IDH,

[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias

⁶³⁵ En este orden de ideas, la Corte IDH ha señalado que “el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales”, en Corte IDH, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías...* *op. cit.*, párr. 32.

⁶³⁶ COURTIS, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” ... *op. cit.*, pp. 37-38.

particulares de un caso dado, resulten ilusorios [...] Las conclusiones precedentes son válidas, en general, respecto **de todos los derechos reconocidos por la Convención**, en situación de normalidad.⁶³⁷

En ese sentido, el tribunal interamericano también ha señalado que el derecho a ser oído con las debidas garantías tiene un alcance amplio pues no se limita sólo a la materia penal, sino también en otros ámbitos como el administrativo y el laboral, ya que obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas es un derecho humano que debe respetarse en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas,⁶³⁸ incluidos los derechos económicos, sociales y culturales. Por tanto, “las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos” cuando se dé una violación de tales derechos. Sin embargo, cuando un Estado pretenda justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son ‘medios apropiados’ [...] o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios”. Hay que resaltar que el derecho a un recurso efectivo no implica necesariamente la existencia de un recurso judicial, ya que los recursos administrativos también pueden ser adecuados en muchos casos, siempre y cuando sean accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. De cualquier manera, en diversas ocasiones siempre será necesario “establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos [...]. Por el mismo motivo, hay algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación (aunque sin limitarse en modo alguno a ellas), respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de

⁶³⁷ Corte IDH, *Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 24-25. El resaltado es nuestro.

⁶³⁸ Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*... *op. cit.*, párr. 125-127.

recurso judicial para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto [de San José]. En otras palabras, cuando un derecho [económico, social o cultural] no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales”.⁶³⁹

Para fortalecer aún más estos planteamientos, el literal i) del artículo 45 de la Carta de la OEA establece que los Estados miembros han convenido en dedicar sus máximos esfuerzos a la adopción de disposiciones “adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos”, lo cual sin duda viene a complementar lo estipulado en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana en relación con las garantías judiciales y la protección judicial, respectivamente. Ahora bien, teniendo en cuenta que la Carta es un instrumento vinculante y por tanto, fuente de obligaciones jurídicas para los Estados Partes, y que el artículo 45 se encuentra bajo el capítulo VII sobre “Desarrollo Integral” correspondiente a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura a las que remite el artículo 26 de la Convención Americana, parece claro apuntar que se reconoce un derecho de acceso a la asistencia legal. El reconocimiento de este derecho implica que debe aplicarse a los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA; y que los Estados tienen la obligación (positiva) de garantizar la defensa jurídica de los derechos de las personas que por sus propios medios no pueden acceder a los servicios de abogacía. Por tanto, “debido al escaso desarrollo que existe en la Carta de la OEA de los derechos civiles y políticos, su base de aplicación más

⁶³⁹ CDESC, *Observación General N° 9 (1998)*... *op. cit.* Las citas textuales corresponden, en su orden, a los párrafos 2-3 y 9.

directa son las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultural que ella misma establece”.⁶⁴⁰

Lo anterior abre un importante abanico de posibilidades para exigir que los Estados no solamente ofrezcan a las personas los recursos idóneos (sean judiciales o administrativos) para la defensa de sus derechos económicos, sociales y culturales, sino también para facilitar a las personas la asistencia legal gratuita que por motivos económicos o de otra índole, no son capaces de proveerse por sí mismas. En esa línea, la Corte IDH ha manifestado que cuando una persona no puede hacer valer sus derechos debido a que se lo impide su situación de indigencia, sería “discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley”. Por tanto, un Estado estaría actuando bajo parámetros discriminatorios si no proveyera gratuitamente la asistencia legal a una persona que por razón de su situación económica la requiriere, sea en el ámbito penal, laboral, administrativo o de otro orden; puede ocurrir, “incluso, que el Estado provea asistencia legal gratuita, pero no los costos que sean necesarios para que el proceso sea el debido que ordena el artículo 8”, en cuyo caso, el Estado también incurriría en una actuación contraria a los estándares del Pacto de San José.⁶⁴¹

2.2.5. Obligaciones que surgen de las normas de los capítulos IV y V del Pacto de San José.

En el capítulo IV de la Convención Americana se establecen las cuestiones relacionadas con la suspensión de garantías (art. 27), la cláusula federal (art. 28), las normas de interpretación (art. 29) y el alcance de las restricciones (art. 30). En el capítulo V, se estipula el artículo 32 sobre la correlación entre derechos y deberes.

⁶⁴⁰ COURTIS, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”... *op. cit.* Las citas corresponden a la p. 39.

⁶⁴¹ Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos...* *op. cit.* Las citas textuales corresponden, en su orden, a los párr. 22, 25, 28 y 29.

Ninguno de estos artículos menciona que deben aplicarse sólo a una parte de los derechos reconocidos en la Convención, por lo que, aunque tradicionalmente se han aplicado a los derechos civiles y políticos, ello no significa que no puedan o deban aplicarse también a los derechos derivados del artículo 26. De la misma manera que las obligaciones consagradas en los artículos 1 y 2 deben aplicarse a *toda* la Convención Americana, y por tanto, a *todos* los derechos que consagra, también las obligaciones de los artículos 28, 29, 30 y 32 deben ser cumplidas por los Estados frente a *todos* los derechos, sean estos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Por lo tanto, en virtud del artículo 27, los Estados sólo pueden suspender la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales “en caso de guerra, de peligro público” o de otra emergencia que amenace su independencia o seguridad, siempre y cuando sean en la medida y por un tiempo estrictamente limitados “a las exigencias de la situación [...], no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. Además, el Estado en cuestión debe “informar inmediatamente” a los demás Estados Partes en la Convención Americana, por conducto del Secretario General de la OEA, (a) de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, (b) de los motivos que hayan suscitado la suspensión y (c) de la fecha en que haya dado por terminada tal medida. Más aún, los derechos económicos, sociales y culturales destinados a la protección de la familia (art. 17) y del niño (art. 19) no son susceptibles de suspensión ni mediando las situaciones señaladas anteriormente (art. 27.2). De cualquier manera, es importante resaltar que el Pacto de San José concibe que la existencia de una situación de emergencia por los motivos ya señalados no implica “la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los

derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia”,⁶⁴² entre los que se incluyen, los derechos económicos, sociales y culturales.

En términos de la Corte IDH, “[e]l análisis jurídico del citado artículo 27 y de la función que cumple debe partir de la consideración de que es un precepto concebido sólo para situaciones excepcionales”, y además, dicha suspensión no puede desvincularse de lo establecido en el Preámbulo de la Convención Americana que reafirma el propósito de consolidar en el continente americano, “dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” [por lo que la] suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona”.⁶⁴³ Aquí cabe preguntarse cuáles son esos derechos esenciales cuya violación implicaría un atentado contra el sistema democrático. Debido a que este asunto lo desarrollaremos en el apartado 3 del capítulo IV, sólo me permito adelantar la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales, al constituirse en vínculos y límites sustanciales a las decisiones democráticas, juegan un papel con el mismo grado de relevancia que el de los derechos civiles y políticos en las sociedades democráticas contemporáneas.

Con respecto a la cláusula federal (art. 28), baste decir que un Estado Parte en la Convención Americana tiene la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de las disposiciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales por parte de todos los estados, provincias, comunidades, etc. que formen parte de la

⁶⁴² Corte IDH, *Garantías judiciales en Estados de Emergencia... op. cit.*, párr. 25.

⁶⁴³ Corte IDH, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías... op. cit.* Las citas textuales corresponden, en su orden, a los párr. 19 y 20.

federación. En relación con el artículo 29 que consagra el principio *pro homine*, ninguna de las disposiciones del Pacto de San José – incluido el artículo 26- puede ser interpretada en el sentido de (a) permitir la supresión o limitación del ejercicio de los derechos reconocidos en dicho instrumento; (b) limitar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en las leyes de los Estados Partes o en otros tratados por ellos ratificados; (c) excluir otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se derivan del sistema democrático; y (d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana y otros actos internacionales de la misma naturaleza, ya que todos los Estados miembros de la OEA, incluidos los que son partes en el Pacto de San José, no están exentos de incumplir con las obligaciones que derivan de la Declaración Americana,⁶⁴⁴ que como ya hemos visto, contiene un catálogo importante de derechos económicos, sociales y culturales.

Por ello, cuando la Corte IDH compara la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, ha dejado claro que este

[...] método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional [...]. En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.⁶⁴⁵

⁶⁴⁴ Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana...* *op. cit.*, párr. 46.

⁶⁴⁵ Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas...* *op. cit.*, párr. 51-52.

Esta afirmación es especialmente relevante si tomamos en cuenta que la Corte IDH acostumbra a utilizar como guía interpretativa la práctica y jurisprudencia de otros órganos como el CDESC, quien mediante sus observaciones generales ha venido delineando el alcance y contenido de las obligaciones estatales derivadas de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el PIDESC, lo cual podría constituir una herramienta fundamental para el trabajo hermenéutico del tribunal interamericano en dicha materia.

Por último, el artículo 30 señala que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana sólo pueden ser aplicadas “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”; en el mismo sentido, el artículo 32 establece que los derechos de cada persona –civiles, políticos, sociales, económicos y culturales– “están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. Específicamente en materia de derechos económicos, sociales y culturales, estos artículos deben leerse conjuntamente con el artículo 5 del Protocolo de San Salvador que establece que las restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de tales derechos sólo pueden instituirse “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. Hay que aclarar que ambos regímenes no son idénticos, dado que el Protocolo de San Salvador le impone una carga mayor al Estado cuando se trate de limitar o restringir un derecho económico, social y cultural en el sentido de que además de que tales limitaciones no atenten contra “el propósito y razón de los mismos”, los Estado deben observar el principio de dar prioridad a los grupos más vulnerables y la prohibición de regresividad.

En este sentido, sólo aquellas leyes adoptadas por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, y ceñidas al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por los Estados tanto en sus constituciones, en sus leyes secundarias y en los tratados internacionales ratificados por ellos.⁶⁴⁶ Aunque es posible que las nociones de “bien común” u “orden público” pueden ser usadas para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de intereses colectivos, hay que enfatizar que de ninguna manera podrían invocarse como medios para suprimir un derecho o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. De esta manera, “el bien común” debe ser entendido como las condiciones de la vida social que permiten a las personas dentro de una sociedad el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos, ya que este concepto contiene el imperativo de organizar “la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana”.⁶⁴⁷ Por tanto, cuando estas dos nociones se invoquen para limitar o restringir los derechos humanos, deben interpretarse ciñéndose a las justas exigencias de una sociedad democrática que considera el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador.

2.3. Naturaleza de la obligación establecida en el artículo 26 de la Convención Americana.

Al igual que varios artículos del Protocolo de San Salvador, el artículo 26 del Pacto de San José fue elaborado siguiendo los términos del PIDESC, en este caso, específicamente los de su artículo 2.1, tal como podemos observar en la tabla siguiente:

⁶⁴⁶ Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párr. 37.

⁶⁴⁷ Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas... op. cit.*, párr. 66-67.

Artículo 26 de la Convención Americana	Artículo 2.1 del PIDESC
Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.	Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Si al artículo 26 se le suprime la expresión “que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”, el resto del texto es casi idéntico al del artículo 2.1 del PIDESC. Por ello y tomando en cuenta que los órganos del Sistema Interamericano no han desarrollado plenamente el alcance del artículo 26, esta similitud es importante de cara a utilizar como guía hermenéutica lo establecido por el CDESC en relación con la obligación consagrada en el artículo 2.1.

Pese a este parecido, el artículo 26 se diferencia en varios aspectos del artículo 2.1 del PIDESC. En primer lugar, no se refiere a una lista de derechos enumerados dentro de la Convención Americana, sino a ciertos derechos implícitos o que pueden derivarse de otro instrumento internacional que es la Carta de la OEA; en segundo lugar, mientras el artículo 26 condiciona la efectividad progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales “en la medida de los recursos disponibles”, el

artículo 2.1 señala “hasta el máximo de los recursos de que disponga”; y en tercer lugar, el artículo 26 otorga cierto reconocimiento a la existencia de los derechos económicos, sociales y culturales pero se queda corto en términos de reconocer la sustancia de los mismos.⁶⁴⁸

Evidentemente todas estas cuestiones están muy relacionadas entre sí y una determinada interpretación de una de ellas afecta al resto, ya que, por un lado la Convención Americana remite a las normas pertinentes de la Carta de la OEA para determinar cuáles son los derechos económicos, sociales y culturales a ser protegidos en el Sistema Interamericano (primera cuestión) pero este último instrumento contiene pocas referencias a los derechos humanos y las obligaciones estatales allí establecidas se caracterizan por su vaguedad e imprecisión (tercera cuestión). Además, al encontrarse muchas de ellas en el capítulo VII sobre “Desarrollo integral”, en un principio se ha llegado a apuntar que de tales normas sólo pueden derivarse objetivos sociales pero no derechos, por lo que las acciones para su implementación tendrían una naturaleza programática (segunda cuestión), y por ende, de difícil control judicial o cuasi-judicial.

2.3.1. La remisión del artículo 26 a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA.

En apartados anteriores señalamos que las obligaciones generales de la Convención Americana también son aplicables al artículo 26, por ello, al establecer el alcance de la remisión hecha por dicha disposición podremos determinar las consecuencias jurídicas de dichas obligaciones en virtud de los derechos implícitos en las normas económicas, sociales y sobre educación y cultura, contenidas en la Carta reformada de la OEA. Por tanto, será preciso determinar el alcance de dicha

⁶⁴⁸ CRAVEN, Matthew, “The protection of Economic, Social and Cultural Rights under the Inter-American System of Human Rights”... *op. cit.*, pp. 298-299.

remisión, qué derechos reconoce el artículo 26 mediante su remisión a esas normas y el alcance de las obligaciones específicas que contiene de cara a los mismos.

Una primera cuestión importante sobre la remisión que hace el artículo 26 es que no alude a los derechos expresamente reconocidos en la Carta de la OEA, como el derecho al trabajo (art. 45) o el derecho a la educación (art. 49), sino a los derechos implícitos o derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, con lo cual parece que esta formulación sugiere un esfuerzo consciente por no proporcionar una enumeración coherente de los derechos en cuestión; y además, al encontrarse la mayoría de esas normas en el capítulo VII sobre “Desarrollo integral” se corre el riesgo de interpretar que se trata más de objetivos sociales implícitos que de derechos propiamente dichos. Frente a ello, es fundamental determinar si de tales normas se derivan derechos o simples objetivos sociales de política pública.

Sobre la naturaleza del contenido de las normas pertinentes de la Carta de la OEA, hay que señalar que si bien es un instrumento que consagra fundamentalmente principios, objetivos y medidas de política pública, el carácter convencional del artículo 26 le confiere el carácter de derechos humanos a todas esas normas de las que pueden derivarse derechos económicos, sociales y culturales;⁶⁴⁹ en otras palabras, nos atrevemos a sugerir que con el artículo 26, la expresión “**conviene**n en dedicar sus máximos esfuerzos” se convierte en “**deben** dedicar sus máximos esfuerzos” a la aplicación de los derechos derivados de la Carta de la OEA (art. 45). Además, aunque este instrumento es un tipo de tratado que aun teniendo otro propósito, incluye disposiciones concernientes a derechos humanos, puede ser objeto de interpretación por parte de la Corte IDH,⁶⁵⁰ quien podría determinar el alcance y contenido de los

⁶⁴⁹ COURTIS, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” ... *op. cit.*, pp. 5-6.

⁶⁵⁰ Corte IDH, “Otros Tratados” *Objeto de la Función Consultiva de la Corte...* *op. cit.*, párr. 11.

derechos expresamente mencionados en ella, y de los que podrían derivarse de sus normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura. Tal como lo ha reconocido la propia CIDH, la Carta de la OEA “en la reforma efectuada a través del Protocolo de Buenos Aires, en diferentes artículos, entre los que se destacan el 33, 44 y 48, consagra diferentes **derechos** económicos, sociales y culturales”⁶⁵¹ (énfasis añadido).

Por otro lado, la Convención Americana al ser un tratado internacional de derechos humanos, tiene como objeto y fin promover y proteger los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados parte mediante los mecanismos de control establecidos en ella, y que a dicho fin se debe subordinar la interpretación de todas sus disposiciones; en este sentido, sería contradictorio y extraño que incluyera dentro de su texto aunque sea por derivación –en este caso el artículo 26– disposiciones relativas a objetivos o metas de política pública y no derechos, ya que es un tipo de instrumento de tipo convencional que por naturaleza consagra derechos y obligaciones para los Estados que lo ratifican. Por tanto, el artículo 26 al disponer la obligación de “lograr progresivamente la plena efectividad de los **derechos**” (énfasis agregado), claramente expresa la intención de buscar la protección de los derechos que se derivan de las normas pertinentes de la Carta de la OEA. Además, no tendría sentido argumentar que este artículo fue dispuesto sólo para repetir los términos de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA. Bajo estos parámetros, el “texto de la norma debe ser interpretado de forma tal, que sus términos adquieran sentido y un significado específico”,⁶⁵² que no es otro que consagrar derechos que generan obligaciones

⁶⁵¹ CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia... op. cit.*, Capítulo III: Los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 4.

⁶⁵² ABRAMOVICH, Víctor y ROSSI, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en MARTIN, Claudia, RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y GUEVARA B., José A. (Comps.), *Derecho Internacional... op. cit.*, p. 463.

específicas para los Estados parte en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Por último, si el artículo 26 activa el proceso de razonamiento por el cual se parte de la proposición aceptada como verdadera de que se pueden derivar derechos de las normas pertinentes de la Carta de la OEA, entonces la existencia de tales derechos –y no principios ni objetivos sociales- es una verdad contenida en la Convención Americana.

Una segunda cuestión sobre la remisión del artículo 26 es que tampoco se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales claramente consagrados en la Declaración Americana o en un futuro protocolo adicional relativo a dicha materia, el cual se había acordado elaborar una vez entrara en vigor el Pacto de San José. Una explicación posible para que la Declaración Americana no haya sido mencionada en el artículo 26 es que se haya entendido que la misma es un instrumento autorizado de las disposiciones sobre derechos humanos en la Carta de la OEA, y que, por tanto, una referencia a la Carta, necesariamente legitimaría la invocación de la Declaración Americana.⁶⁵³

Sin embargo, no se puede ignorar el riesgo que reviste invocar sin más la Declaración Americana para determinar los derechos *implícitos* de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA, ya que es posible caer en la tentación de introducir mediante el artículo 26 un catálogo completo de derechos económicos, sociales y culturales que evidentemente los Estados no tuvieron la intención de incorporar en el Pacto de San José.⁶⁵⁴ Pero por

⁶⁵³ CRAVEN, Matthew, "The protection of Economic, Social and Cultural Rights under the Inter-American System of Human Rights" ... *op. cit.*, p. 299.

⁶⁵⁴ En virtud del artículo 34 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, "un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento". El principio de consentimiento es de suma importancia en el derecho internacional de los derechos humanos, ya que en esta materia, se "debe guardar un justo equilibrio entre la protección de los derechos humanos, fin último del sistema, y la seguridad jurídica y equidad procesal que aseguran la estabilidad y confiabilidad de la tutela internacional", en Corte IDH, *Caso Cayara vs. Perú. Excepciones Preliminares*.

otro lado, también existe el riesgo de considerar el artículo 26 una simple expresión de objetivos o principios programáticos, privándolo de todo carácter operativo. En este sentido, se ha oscilado entre ciertas posturas que históricamente han visto el artículo 26 “como inoperante -creando ‘metas programáticas’ para los Estados, sin establecer un compromiso legalmente contraído ni derechos justiciables”;⁶⁵⁵ y otras posiciones que “a partir de un uso extensivo del principio *pro homine* y una inferencia rápida de derechos en el texto de la Carta de la OEA, pretenden convertirla en una varilla mágica para abrir abruptamente la Convención a una suerte de justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales”. La primera posición parece ignorar la evidente alusión a derechos y obligaciones que hace el artículo 26, mientras que la segunda, parece ignorar la voluntad estatal posterior de limitar la justiciabilidad únicamente a dos derechos (libertad sindical y derecho a la educación), manifestada en la adopción del Protocolo de San Salvador,⁶⁵⁶ ya que parece evidente que si los Estados lo hubieron querido, habrían otorgado plena justiciabilidad al catálogo completo de derechos económicos, sociales y culturales consagrados en tal instrumento.

Por ello, es preciso realizar un esfuerzo teórico e interpretativo lo más rígido posible para no caer en ninguno de los dos extremos mencionados, usando sobre todo dos herramientas esenciales en el marco del derecho internacional de los derechos humanos: el principio *pro homine* y el principio de interpretación *bona fide*. El primero entendido como “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida

Sentencia de 3 de febrero de 1993, párr. 63; *Caso Caballero Delgado y Santana. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 44.

⁶⁵⁵ MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, p. 53.

⁶⁵⁶ ABRAMOVICH, Víctor y ROSSI, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”... *op. cit.*, p. 460.

cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria;⁶⁵⁷ y el segundo, concebido como la regla general de interpretación que implica interpretar la Convención Americana y sus protocolos “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (art. 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados).

Aunque éste último principio se aplica a todo tipo de tratados, en materia de derechos humanos la interpretación teleológica tiene una importancia mayor, ya que “los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”,⁶⁵⁸ razón por la cual instrumentos como el Pacto de San José o el Protocolo de San Salvador deben interpretarse y aplicarse teniendo presentes las necesidades de las personas.⁶⁵⁹ En este orden de ideas, la Corte IDH ha manifestado que

[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual

⁶⁵⁷ PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto/Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 163.

⁶⁵⁸ Corte IDH, “Otros Tratados” *Objeto de la Función Consultiva de la Corte... op. cit.*, párr. 24.

⁶⁵⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos... op. cit.*, pp. 48-49.

ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁶⁶⁰

Bajo estos parámetros, el artículo 26 contiene ciertos términos que conforme a su sentido corriente denotan la existencia de derechos y obligaciones que los Estados pactantes han convenido en satisfacer y cumplir en materia de derechos económicos, sociales y culturales, por lo que sería erróneo interpretar, como lo señalamos anteriormente, que en virtud de esta norma los Estados sólo reconocen principios y objetivos sociales que no pueden ser catalogados como derechos. Ahora es necesario determinar cuáles son las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA y qué derechos individualizados se derivan de ellas para exigir su protección en el marco del artículo 26 de la Convención Americana.

En relación con lo primero, ya hemos apuntado en el apartado 1 de este capítulo que las reformas a la Carta de la OEA (especialmente las introducidas por el Protocolo de Buenos Aires y el Protocolo de Cartagena de Indias) ampliaron el número de provisiones de las que pueden derivarse derechos humanos de carácter económico, social y cultural. No obstante, también señalamos que los artículos que los contienen por sí solos no contribuyen demasiado a constituir un cuerpo coherente de derechos, por lo que el esfuerzo interpretativo se torna más complejo y exige evitar tomar caminos fáciles que nos lleven a inferir derechos sin una base jurídica lo suficientemente sustentada. Bajo estos parámetros, el principio *pro homine* es una herramienta muy importante para lograr tal fin, pero evitando su aplicación de una forma demasiado extensa; y también se debe aprovechar el desarrollo normativo del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional, y la experiencia jurisprudencial de otros órganos de vigilancia en materia de derechos

⁶⁶⁰ Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, párr. 29.

económicos, sociales y culturales, tal como lo han hecho la Corte IDH y la CIDH a lo largo de su práctica.

Con respecto al desarrollo normativo, es fundamental traer a colación el artículo 29 de la Convención Americana en virtud del cual el artículo 26 no puede ser interpretado en el sentido de “b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”, y “d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza” (énfasis agregado). Sobre esta base podríamos utilizar como guía interpretativa las constituciones de los Estados americanos que en su mayoría reconocen derechos económicos, sociales y culturales, las convenciones de la OIT, el PIDESC, entre otros, así como lo que han establecido los tribunales internos (constitucionales) y los órganos encargados de vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales mencionados. Es de especial mención el CDESC, ya que mediante su práctica interpretativa ha desarrollado un buen número de observaciones generales sobre los derechos económicos, sociales y culturales que la propia Corte IDH ha utilizado en más de una ocasión para alcanzar sus propias conclusiones en un caso concreto. Además, en virtud de su función consultiva el tribunal interamericano ha señalado

[...] que excluir, a priori, [...] tratados internacionales que obliguen, a Estados americanos, en materias concernientes a la protección de los derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas por el artículo 29.b). [Por tanto,] la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su

objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.⁶⁶¹

Aunque en materia contenciosa las únicas normas de aplicación por parte de los órganos del Sistema Interamericano son aquellos tratados interamericanos ratificados por un Estado, existen normas de interpretación como el PIDESC que pueden utilizar para precisar el alcance de un derecho y para coadyuvarles en el análisis y resolución de un caso bajo su conocimiento. En este sentido, para facilitar la determinación de los derechos que se derivan de las normas pertinentes de la Carta de la OEA es permisible hacer uso de algunos instrumentos universales de derechos humanos como el PIDESC o algunos convenios de la OIT, instrumentos interamericanos no ratificados por un Estado como el Protocolo de San Salvador⁶⁶² y otros instrumentos regionales que no son propiamente tratados como la Declaración Americana o la Carta de Garantías Sociales. En relación con la Declaración Americana es importante reiterar que para la Corte IDH,

[...] a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA".⁶⁶³

⁶⁶¹ Corte IDH, "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte... *op. cit.*, párr. 42 y considerando primero.

⁶⁶² Por mencionar un par de ejemplos, en el ya citado *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* la Corte IDH utilizó el Convenio N° 169 de la OIT, el PIDCP y el PIDESC del sistema universal para interpretar el artículo 21 de la Convención Americana en relación con la propiedad comunal de los pueblos indígenas, véase párr. 87 y ss., y la jurisprudencia allí citada. También en el ya citado *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)* el tribunal interamericano hizo uso de la Constitución de la OIT para interpretar la libertad de asociación en materia sindical (art. 16 de la Convención Americana).

⁶⁶³ Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana...* *op. cit.*, párr. 43.

El planteamiento anterior nos permite explorar varias vías interpretativas. En primer lugar, se podría sugerir, tal como lo hace Craven, que si la Declaración Americana no fue mencionada en el artículo 26 se debe a que en el momento de su redacción se entendió que ella era un instrumento autorizado de las disposiciones sobre derechos humanos en la Carta de la OEA, y que por tanto, una referencia a dicho tratado, necesariamente legitimaría la invocación de la Declaración Americana.⁶⁶⁴ La propia CIDH razonó de esta manera en un caso concreto al considerar que un Estado Parte del Pacto de San José pero no del Protocolo de San Salvador, había violado el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social y el derecho al descanso consagrados en la Declaración Americana que estaban amparados por el marco de protección del artículo 26, ya que el Estado en cuestión en vez de adoptar las medidas necesarias para lograr progresivamente la efectividad de los derechos que se derivan de las normas pertinentes de la Carta de la OEA, buscó reducirlos, “ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales”.⁶⁶⁵ A su vez, a esta misma conclusión se podría llegar dotando al principio *pro homine* de un alcance excesivamente extensivo en el sentido de fundamentar en el artículo 29.d) del Pacto de San José, el reenvío automático a la Declaración Americana de las normas pertinentes de la Carta de la OEA mencionadas en el artículo 26.

A este argumento se le critica la facilidad con que se llega a la conclusión de que la Declaración Americana, al ser el instrumento que informa el contenido de la Carta de la OEA en materia de derechos humanos, nos indica directamente los derechos económicos, sociales y culturales que quedan protegidos bajo el paraguas del artículo 26 de la Convención Americana. Considerando que el Pacto de San José fue adoptado más de dos décadas después de la Declaración Americana, si sus

⁶⁶⁴ Véase la nota 629.

⁶⁶⁵ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001*, 16 abril 2002, Capítulo III. 5. Informe N° 100/01 Milton García Fajardo y otros. Caso 11.381 (Nicaragua), párr. 96-96 y 101.

redactores hubieran querido remitir a los derechos contenidos en ella lo hubieran hecho directamente sin necesidad de la intermediación de la Carta de la OEA. Por tanto, aunque la Declaración Americana sirve para integrar el contenido de la Carta de la organización cuando haya que interpretar este último instrumento, “no puede perderse de vista que en la interpretación específica del artículo 26 de la Convención, el primer paso consiste en inferir los derechos que se derivan de las mencionadas normas de la Carta, y que esta operación no puede ser reemplazada a través de la apelación directa a los derechos sociales de la Declaración”.⁶⁶⁶

Por tanto, una segunda vía interpretativa debe ubicarse en un término medio entre una interpretación demasiado extensa que infiera directamente que los derechos protegidos por el artículo 26 son los contenidos en la Declaración Americana, y una interpretación demasiado restrictiva que despoje a tal artículo de efectos jurídicos y por ende, de toda aplicación operativa. En este sentido, la tarea interpretativa debe resultar sustancialmente fundamentada y razonada, utilizando para ello –como ya lo hemos planteado-, otros instrumentos relevantes como la Declaración Americana, la Carta de Garantías Sociales, el PIDESC, el Protocolo de San Salvador, entre otros, y también lo que han establecido los propios órganos del Sistema Interamericano así como otros órganos afines sobre la materia. Una vez determinado que un derecho económico, social y cultural se encuentra implícito en la Carta de la OEA y consecuentemente comprendido en el artículo 26 del Pacto de San José, “su contenido y extensión deberá integrarse con el contenido de ese mismo derecho en la Declaración o en otros tratados de derechos humanos vigentes en el Estado”. De esta forma, el principio *pro homine* ha de servir para fijar el alcance de esos derechos en su articulación con las demás normas internacionales que también los reconocen, “pero no para auxiliar al intérprete en la tarea de determinar, con

⁶⁶⁶ ABRAMOVICH, Víctor y ROSSI, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”... *op. cit.*, p. 471.

carácter previo, si un derecho está implícito en la Carta y por lo tanto comprendido en el artículo 26 de la Convención”.⁶⁶⁷

Considero importante hacer un comentario específico sobre la Carta de Garantías Sociales de 1948, ya que al constituir el *mínimum* de derechos que deben gozar los trabajadores en los Estados del continente, es necesario “recuperarla” para enriquecer el trabajo interpretativo de los órganos del Sistema Interamericano; en este caso, es un instrumento que puede ser utilizado, al igual que la Declaración Americana y demás instrumentos, para coadyuvar a determinar los derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA. Como la propia CIDH lo ha reconocido, “[e]sta Carta constituye un antecedente significativo que reviste actualidad en muchos de los aspectos por ella considerados”.⁶⁶⁸ El fundamento jurídico para su utilización es el propio artículo 29 de la Convención Americana, pues su literal d) prohíbe excluir o limitar el efecto que puedan producir “otros actos internacionales de la misma naturaleza” que la Declaración Americana, y en este sentido, es evidente que la Carta de Garantías Sociales es también una declaración que contiene derechos específicos para los trabajadores del continente.⁶⁶⁹

Teniendo presente todo lo anterior, ahora pasemos al análisis de las normas pertinentes de la Carta reformada de la OEA, la cual nos ofrece dos niveles de

⁶⁶⁷ *Ibíd.*, ambas citas textuales corresponden a la p. 473.

⁶⁶⁸ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983-1984... op. cit.*, Capítulo V. II., párr. 3.

⁶⁶⁹ Para Gross Espiel, la Corte IDH posee competencia consultiva para interpretar la Carta de Garantías Sociales “con respecto a los derechos sociales garantizados por las Normas Económicas, Sociales y Culturales de la Carta reformada por el Protocolo de Buenos Aires, invocados en el párrafo 5 del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a los que se refiere su artículo 26 que se remite a los capítulos VII, VIII y IX de la Carta”, en GROSS ESPIEL, Héctor, “Sobre la interpretación de las palabras ‘o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos’ en el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Íd.*, *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1988, pp. 227-228.

normas -genéricas y específicas- de las que pueden derivarse derechos económicos, sociales y culturales. En un primer nivel, se encuentran las normas de los capítulos I (Naturaleza y propósitos) y II (Principios) que establecen disposiciones relacionadas con el desarrollo económico, social y cultural (art. 2.f y h); la erradicación de la pobreza crítica (art. 2.g y 3.f); la eliminación de la pobreza, la justicia y la seguridad sociales (art. 3.j); la cooperación económica para el bienestar y prosperidad de los pueblos (art. 3.k); la no discriminación en el ejercicio de los derechos humanos (art. 3.l); el respeto de la personalidad cultural y la cultura humana (art. 3.m); y la educación (art. 3.n). Dentro de este mismo grupo se ubican las normas del capítulo VII (Desarrollo integral) relativas a la justicia social y el desarrollo integral en materia económica, social, educacional, cultural, científica y tecnológica (arts. 30-32); “la creación de un orden económico y social justo que permita y contribuya a la plena realización de la persona humana” (art. 33); “la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso” (art. 34); los salarios justos, oportunidades laborales y condiciones de trabajo aceptables (art. 34.g); la erradicación del analfabetismo y ampliación universal de las oportunidades educativas (art. 34.h y art. 50); la extensión y aplicación de los conocimientos médicos (art. 34.i); la nutrición adecuada (art. 34.j); la vivienda adecuada para todos (art. 34.k); las condiciones urbanas que posibiliten una vida sana y digna (art. 34.l); la seguridad social (art. 45.h); la debida asistencia legal para que todas las personas puedan hacer valer sus derechos (art. 45.i); el estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura (arts. 47 y 51); y la satisfacción de las necesidades educacionales, y la preservación del patrimonio cultural de los pueblos (art. 48).

En un nivel más específico y en el que incluso las normas hablan de derechos propiamente dichos, se encuentran las que reconocen el derecho de todas las personas al bienestar material y al desarrollo espiritual “en condiciones de libertad,

dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica” (art. 45.a); el derecho al trabajo, a condiciones laborales y salarios justos que “aseguren la vida, la salud un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar” (art. 45.b); el derecho de los trabajadores y empleadores a asociarse libremente (art. 45.c); el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores (art. 45.c); el derecho al reconocimiento de la personería jurídica de sus asociaciones y la protección de su libertad e independencia (art. 45.c); el derecho a la educación, especialmente la primaria que debe ser obligatoria y gratuita para la población en edad escolar (art. 49.a). La educación media debe ser extendida progresivamente a la mayor parte posible de la población, y la educación superior debe estar abierta a todos (art. 45.b y c). Finalmente, los derechos de los trabajadores a la seguridad social (art. 46).

Evidentemente, los dos niveles requieren distintos esfuerzos interpretativos ya que el segundo de ellos ofrece mayor facilidad para la determinación de derechos al mencionarlos expresamente, mientras que el primero exige hacer un mayor uso de los medios hermenéuticos que hemos analizado. Así, comenzando con el nivel más específico, podemos determinar con claridad (a) los derechos laborales, dentro de los cuales están (a.1) el derecho a condiciones dignas de trabajo, (a.2) el derecho a un salario justo, (a.3) el derecho de huelga, (a.4) el derecho de libertad sindical, y (a.5) el derecho a la negociación colectiva; (b) el derecho a la seguridad social; y (c) el derecho a la educación. En el nivel más genérico, se podrían derivar (d) el derecho a la vivienda deducido del artículo 34 literales *k*) y *l*); (e) el derecho a la alimentación derivado del artículo 34 literal *j*); (f) el derecho a la salud inferido del artículo 34 literales *i*) y *l*) y del artículo 45 literal *h*); y (g) los derechos culturales derivado del artículo 2 literal *m*), de los artículos 30 y 31, y del artículo 48. Finalmente, también se puede inferir (h) el derecho a la no discriminación del artículo 3 literal *l*) y (i) el

derecho a la debida asistencia legal del artículo 45 literal *i*), los cuales están muy arraigados en la cultura jurídica contemporánea y su importancia radica en que son imprescindibles para el ejercicio efectivo de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales.

Aunque éste no es un catálogo cerrado y está abierto a ser enriquecido o complementado con otros derechos que también pudieran derivarse de las normas pertinentes de la Carta de la OEA,⁶⁷⁰ nos limitamos a determinar sólo esos derechos porque además de que la mayoría de ellos están expresamente reconocidos en los instrumentos interamericanos y universales relevantes en la materia, y de haber sido objeto de importantes desarrollos por parte de los órganos de vigilancia en el marco del sistema de protección universal –sobre todo en el ámbito de la OIT y el PIDESC–, la CIDH y la Corte IDH han tenido la oportunidad de conocer asuntos relacionados con ellos.⁶⁷¹

Aunque hemos establecido cuáles son los derechos que pueden estar amparados bajo la tutela del artículo 26 de la Convención Americana, la sola mención de su existencia no resuelve el problema de su contenido, es decir, la determinación de las facultades, libertades, prohibiciones y mandatos que nacen con su reconocimiento. En este sentido, el papel de la CIDH y la Corte IDH mediante el

⁶⁷⁰ Courtis, por ejemplo, también incluye dentro de este catálogo los derechos del consumidor y el derecho a la asistencia social; véase COURTIS, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”... *op. cit.*, pp. 23-29.

⁶⁷¹ Para la CIDH, “varios de los derechos reconocidos por la Declaración Americana y la Carta de Garantías Sociales fueron incorporados a la Carta de la Organización de los Estados Americanos a través de su reforma por el Protocolo de Buenos Aires de 1967. Tal es el caso del derecho al empleo, salario justo y adecuadas condiciones de trabajo que son materia de los artículos 31.g y 43.b, complementados con los derechos a la sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga tratados en el artículo 43.c; el derecho a la salud, artículo 31.i, es complementado con el derecho a la alimentación receptado en el literal j de ese mismo artículo mientras el derecho a la vivienda es reconocido por el literal k; para finalizar, el derecho a la educación es contemplado en el artículo 47”, en CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983-1984... op. cit.*, Capítulo V. II., párr. 3.

ejercicio de sus competencias consultiva y contenciosa resulta fundamental para determinar el contenido de tales derechos, y a partir de allí, establecer el alcance de las obligaciones que los Estados Partes deben cumplir. Este asunto lo analizaremos en el apartado 2.4, aunque adelantamos que el desarrollo jurisprudencial de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido limitado en el Sistema Interamericano, y en algunos casos las decisiones de sus órganos no han sido muy afortunadas en cuanto a avanzar en su protección efectiva en el continente.

2.3.2. El alcance de la obligación específica del artículo 26.

Al comienzo de este apartado comparamos el texto del artículo 26 con el del 2.1 del PIDESC, y resaltamos la importancia de sus similitudes de cara a utilizar las interpretaciones realizadas por el CDESC con respecto a la cuestión del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, como complemento hermenéutico del trabajo realizado por la CIDH y la Corte IDH en esa materia

Por otra parte, hay que resaltar que el artículo 1 del Protocolo de San Salvador prácticamente reproduce el texto del artículo 26, por lo que el análisis de las obligaciones contenidas en este último, también es extensiva a las del primero.

Artículo 26 de la Convención Americana	Artículo 1 del Protocolo de San Salvador
Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en	Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los

la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.		derechos que se reconocen en el presente Protocolo.
---	--	---

A su vez, algunos puntos del artículo 26 –y por lo tanto, del artículo 1 del Protocolo de San Salvador– son coincidentes con los del artículo 2 de la Convención Americana; por ejemplo, ambos artículos establecen la obligación de los Estados Partes de “adoptar providencias” (art. 26) / “adoptar medidas legislativas o de otro carácter” (art. 2) “para lograr [...] la plena efectividad de los derechos [...] por vía legislativa u otros medios apropiados” (art. 26) / “para hacer efectivos tales derechos y libertades” (art. 2). De esta manera, el análisis que realizamos en el apartado 2.2.2 acerca de la obligación de adoptar medidas contenida en el artículo 2, es perfectamente trasladable a la del artículo 26; se puede sostener entonces que la obligación del artículo 2 es un caso de *lex generalis* respecto de los todos los derechos contenidos en el Pacto de San José, incluidos los inferidos del artículo 26, mientras que la obligación del artículo 26 es un caso de *lex specialis* respecto de los derechos económicos, sociales y culturales derivados de las normas pertinentes de la Carta de la OEA. Ahora bien, mientras la obligación general del artículo 2 se aplica a todos los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, la obligación específica del artículo 26 adapta dicha obligación general a sus particularidades cuando se trata de los derechos económicos, sociales y culturales. Es decir, los Estados Partes quedan obligados a adoptar medidas, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional -especialmente económica y técnica- para lograr la plena efectividad de tales derechos progresivamente y en la medida de los recursos disponibles.

Como vemos, la fórmula del artículo 26 establece claramente la obligación que los Estados deben cumplir, su objetivo, su modalidad, sus vías de aplicación y la condicionalidad de su realización. Así, el contenido de la obligación consiste en “adoptar providencias”, el objetivo es lograr la plena efectividad de los derechos protegidos, la modalidad es de forma progresiva, sus vías de aplicación son la

legislativa u otros medios apropiados tanto en el nivel interno como mediante la cooperación internacional, y su realización está condicionada a la medida de los recursos disponibles. Estas nociones de “progresividad” y de “disponibilidad de recursos” han dado lugar a que se considere que la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales pertenece al ámbito de las aspiraciones políticas y consecuentemente, que son derechos que no generan verdaderas obligaciones que los Estados deben cumplir. Incluso, la CIDH en una temprana posición poco afortunada, señaló que la Convención Americana “adopta la perspectiva de considerar los derechos económicos, sociales y culturales como objetivos de desarrollo y no como valores en sí mismos”.⁶⁷²

Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo ha logrado superar esta visión tan restringida, y en la actualidad puede considerarse insostenible; en este orden de ideas, el artículo 26 nos plantea aclarar el significado de la progresividad aludida y los términos de la condición acerca de los recursos disponibles, y debido a que la Corte IDH y la CIDH no han desarrollado una jurisprudencia extensa y profunda sobre estos temas, será necesario remitirnos a lo interpretado por otros órganos de vigilancia –sobre todo el CDESC- y a la doctrina para definir el alcance de dichas cuestiones.

2.3.2.1. La progresividad a la luz del artículo 26.

El artículo 26 de la Convención Americana, al igual que el artículo 2.1 del PIDESC, establece que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales se realizará progresivamente teniendo en cuenta las limitaciones de recursos. Aunque el artículo 26 no enumera las medidas específicas de ejecución

⁶⁷² CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983-1984... op. cit.*, Capítulo V. II., párr. 4.

dejando a la discrecionalidad del Estado la determinación de las medidas administrativas, legislativas o de otro carácter que resulten adecuadas,

“[...] expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos”.⁶⁷³

Sin embargo, dicha progresividad no significa que los Estados tengan total discrecionalidad para adoptar las medidas necesarias sin límites en el tiempo en el sentido de poder aplazarlas indefinidamente ni que no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que cuando adoptan la Convención Americana, asumen la obligación de avanzar continuamente hacia la plena efectividad de los derechos inferidos del artículo 26. Bajo estos parámetros, el fundamento de la progresividad radica en la obligación de los Estados de asegurar condiciones que, de acuerdo a sus recursos materiales, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales.⁶⁷⁴ Esta obligación de avanzar implica cierta *gradualidad* y de *no regresividad* en la satisfacción de tales derechos, y la idea de *progreso* en el sentido de que los Estados deben mejorar las condiciones de su ejercicio.⁶⁷⁵ Tal como lo ha manifestado la CIDH, la noción de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales “exige como

⁶⁷³ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador... op. cit.*, Capítulo II: Introducción. B. El contexto socioeconómico y derechos concomitantes, párr. 14.

⁶⁷⁴ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993... op. cit.*, (ii) El principio del desarrollo progresivo, párr. 3.

⁶⁷⁵ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles... op. cit.*, p. 93.

mínimo que la vigencia y acceso a los mismos no se reduzca con el transcurso del tiempo”.⁶⁷⁶

En esta línea, los Estados tienen la doble obligación de mejorar continuamente el goce de los derechos económicos, sociales y culturales (obligación positiva), y de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas (obligación negativa) que reduzcan los niveles de protección de los derechos vigentes o supriman los ya existentes. Bajo estos parámetros, una violación de las obligaciones derivadas de la noción de progresividad puede tener lugar tanto si los Estados no toman ninguna medida para ir avanzando en el disfrute de los derechos (omisiones), como cuando toman medidas deliberadamente regresivas (acciones); también cuando permanezcan pasivos ante el deterioro del nivel de disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de la población.⁶⁷⁷ Al respecto, la CIDH ha señalado que

El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos. Luego, los retrocesos en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden configurar una violación, entre otras disposiciones, a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana.⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia...* op. cit., Capítulo III: Los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 4.

⁶⁷⁷ SEPÚLVEDA, Magdalena, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’”, en COURTIS, Christian (Comp.), *Ni un paso atrás...* op. cit., pp. 124-127.

⁶⁷⁸ CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*, 02 de junio de 2000, Sección II. Capítulo IV. C., párr. 11. Es de resaltar que en este punto la CIDH cita la Observación General N° 3 del CDESC.

De cara a la protección judicial o cuasi-judicial de los derechos económicos, sociales y culturales, la noción de progresividad y la prohibición de regresividad resultan ser una herramienta fundamental para someter a control judicial o cuasi-judicial su cumplimiento por parte de los Estados. En cuanto a la prohibición de regresividad, puede ser aplicada en el campo de los resultados de una política pública (regresividad de resultados) y en el campo de las normas jurídicas (regresividad normativa); en virtud de la primera, una política pública puede considerarse regresiva cuando sus resultados empeoren en comparación con los resultados de un punto de partida temporalmente anterior que ha sido elegido como parámetro. Y en virtud de la segunda, una norma puede ser regresiva si al compararla con la norma que es derogada por ella, suprime, limita o restringe derechos existentes con anterioridad.⁶⁷⁹

En línea con lo anterior, la Asamblea General de la OEA ha entendido el principio de progresividad como “el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural”; dicho avance debe ser medida con un sistema de indicadores de progreso que permita establecer las distancias entre la situación en la realidad y el estándar deseado; a su vez, ha entendido que la regresividad está prohibida, concebida ésta como “todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido”.⁶⁸⁰ Sobre este punto volveremos en el apartado 1.1 del capítulo IV.

⁶⁷⁹ COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en COURTIS, Christian (Comp.), *Ni un paso atrás... op. cit.*, pp. 3-4.

⁶⁸⁰ “AG/RES. 2074 (XXXV-O/05). Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”, en Organización de Estados Americanos, *Actas y documentos volumen I AG/DEC. 41 a AG/DEC. 45 (XXXV-O/05). AG/RES. 2061 a AG/RES. 2157 (XXXV-O/05). Textos y certificados de las declaraciones y resoluciones*, Trigésimo quinto período de sesiones, Fort Lauderdale, Florida, Del 5 al 7 de junio de 2005, OEA/Ser.P/XXXV-O.2, Secretaría General, Washington, D. C., 24 de octubre de 2005. Las citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 48 y 50.

Sobre la base de lo anterior, la violación de las obligaciones internacionales de un Estado en virtud del principio de progresividad puede producirse por su acción directa, su inacción u omisión,⁶⁸¹ y por su pasividad frente a violaciones perpetradas por terceros, que en el actual proceso de globalización neoliberal se refleja especialmente en el papel de las grandes corporaciones transnacionales cuyo poder es incluso mayor que el de los propios Estados. No obstante, cuando un Estado haya de tomar una medida regresiva a pesar de dicha prohibición, se requiere que lo considere cuidadosamente y lo justifique enteramente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en los instrumentos pertinentes, y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que dispone.⁶⁸²

Pese a esta excepcionalidad, las medidas regresivas deben considerarse *prima facie* violatorias de las disposiciones de la Convención Americana o del Protocolo de San Salvador, por lo que un Estado que las adopte, debe demostrar que existe un interés estatal permisible, que la medida tiene un carácter imperioso y que no existen cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión. La importancia de estas condiciones o limitaciones radica en que el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos para adoptar medidas regresivas, sino que debe señalar concretamente qué derechos económicos, sociales y culturales pueden verse favorecidos con la adopción de tales medidas.⁶⁸³

⁶⁸¹ CDESC, *Observación General N° 16 (2005). La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párr. 42.

⁶⁸² CDESC, *Observación General N° 3 (1990)... op. cit.*, párr. 9; *Íd.*, *Observación General N° 13 (1999)... op. cit.*, párr. 45; *Íd.*, *Observación General N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párr. 32.

⁶⁸³ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles... op. cit.*, pp. 109-110.

Así las cosas, es evidente que la prohibición de regresividad puede ser absoluta cuando la medida tomada afecte la satisfacción de los niveles esenciales de un derecho. Por ello, y siguiendo la interpretación del CDESC, los órganos de vigilancia interamericanos podrían examinar –en un caso concreto o mediante el análisis de los informes remitidos por los Estados- (a) si existió una justificación razonable de las medidas regresivas adoptadas; (b) si se estudiaron absolutamente todas las posibles alternativas; (c) si hubo una participación real de los grupos afectados en el examen de las medidas y las alternativas propuestas; (d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; (e) si las medidas repercutirán sostenidamente en el ejercicio de los derechos, si tendrán un efecto injustificado en los derechos adquiridos o si se privará a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable; y (f) si se hizo un examen independiente de las medidas adoptadas a nivel nacional.⁶⁸⁴

Asimismo es importante resaltar que aunque la obligación impuesta contempla una realización paulatina de los derechos económicos, sociales y culturales, también impone varias obligaciones con efecto inmediato, independientemente de la disponibilidad de recursos y del nivel de desarrollo de los Estados Partes. En este orden, el CDESC ha manifestado que tales obligaciones consisten en garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación y en adoptar medidas dentro de un plazo razonablemente breve a partir de la ratificación del instrumento en cuestión, las cuales deben ser “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”. Por tanto, aunque la noción de progresividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de tales derechos generalmente no puede lograrse en un período corto de tiempo, ello no significa que la obligación del Estado Parte carezca de todo contenido significativo, sino simplemente que es necesario una

⁶⁸⁴ CDESC, *Observación General N° 19* (2007). *El derecho a la seguridad social* (artículo 9), párr. 42.

cierta flexibilidad “que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”.⁶⁸⁵

De dichas obligaciones se desprende que los Estados americanos que han ratificado la Convención Americana o el Protocolo de San Salvador, e incluso sólo firmado este último,⁶⁸⁶ deben comenzar a dar pasos que apunten hacia la meta establecida tan rápido como les sea posible, y en todo caso, deben justificar por qué no han marchado en tal dirección, por qué han ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no han marchado más rápido.⁶⁸⁷ Por ello, entre otras cosas los Estados deben (a) adecuar su marco legal a las disposiciones de las normas interamericanas sobre derechos económicos, sociales y culturales; (b) producir y publicar información para facilitar el control ciudadano de las políticas públicas en materia económica y social, así como la vigilancia del propio Estado sobre el grado de efectividad y los obstáculos que se presentan para la implementación de los derechos; y (c) proveer recursos judiciales y otros recursos efectivos que permitan la exigibilidad de tales derechos en caso de violación.

Conforme a los Principios de Limburgo –a los que sigue la Declaración de Quito- y a las Directrices de Maastricht un Estado Parte podría violar el Pacto de San

⁶⁸⁵ CDESC, *Observación General N° 3 (1990)*... *op. cit.* Las citas literales corresponden a los párr. 1 y 2, y 9, respectivamente.

⁶⁸⁶ La Corte IDH ha señalado que si bien a un Estado que no ha ratificado pero si firmado el Protocolo de Salvador no se le pueden imputar violaciones del mismo cometidas con anterioridad, dicho Estado tiene el deber, a partir de la firma de dicho instrumento, “de abstenerse de realizar cualquier acto contrario al objeto y fin del Protocolo de San Salvador, aun antes de su entrada en vigor”, en Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*... *op. cit.*, párr. 99.

⁶⁸⁷ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*... *op. cit.*, pp. 79-80. En esta línea, el numeral 8 de las Directrices de Maastricht establece que los Estados tienen “la obligación de demostrar logros cuantificables encaminados a la plena efectividad de los derechos aludidos” y por lo tanto, “no pueden recurrir a las disposiciones relativas a la ‘aplicación progresiva’ del artículo 2 del Pacto como pretexto del incumplimiento”, y tampoco “pueden justificar la derogación o limitación de los derechos reconocidos en el Pacto en base a diferencias en las tradiciones sociales, religiosas o culturales”.

José o el Protocolo de San Salvador –por comisión o por omisión- cuando (a) no logra adoptar una medida exigida en su texto; (b) no logra remover, a la mayor brevedad posible y cuando deba hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho; (c) no logra aplicar con rapidez un derecho exigido por la Convención Americana o el Protocolo de San Salvador; (d) intencionalmente no logra satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada, y para cuya satisfacción está capacitado; (e) adopta una limitación a un derecho reconocido en la Convención Americana o en Protocolo de San Salvador por vías contrarias a los mismos; (f) retrasa o detiene la realización progresiva de un derecho, a menos que actúe dentro de los límites permitidos en los instrumentos en cuestión o que dicha conducta se deba a una falta de recursos o a una fuerza mayor; (g) no logra presentar los informes periódicos exigidos por el artículo 42 del Pacto de San José y el artículo 19.1 del Protocolo de San Salvador.⁶⁸⁸

También cuando (h) no modifica o revoca cualquier legislación que sea claramente inconsistente con sus obligaciones o anula o suspende alguna legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento; (i) no aplica la legislación necesaria o no ejecuta las políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones de los instrumentos en cuestión; (j) no regula las actividades de particulares o grupos para evitar que éstos violen los derechos económicos, sociales y culturales; (k) no utiliza el máximo de los recursos disponibles para lograr la plena realización de los mismos; (l) no vigila adecuadamente la efectividad de tales derechos y tampoco elabora y aplica criterios e indicadores para evaluar su cumplimiento; (m) deniega activamente un derecho a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación; (n) apoyar activamente cualquier medida adoptada por terceros que sea contraria a los derechos; (ñ) aprobar cualquier legislación o política que sea claramente

⁶⁸⁸ Principios de Limburgo, n° 72; Declaración de Quito, punto 29, literal d.3.

incompatible con las obligaciones relativas a los derechos, salvo cuando esto se hace con la intención de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos de los grupos más vulnerables; (o) adoptar cualquier medida que sea intencionalmente regresiva; (p) obstaculizar intencionalmente la realización progresiva de un derecho previsto en los instrumentos en cuestión; o (q) reducir o desviar un gasto público destinado a la realización de un derecho cuando tal acción resulte en la imposibilidad del disfrute de estos derechos y no se adopten las medidas adecuadas para asegurar a todos la subsistencia mínima.⁶⁸⁹

Los ejemplos anteriores muestran que los Estados Partes perfectamente pueden realizar acciones inmediatas que permitan o promuevan el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, independientemente de la disponibilidad de recursos existentes; así, en materia de salud, el CDESC ha planteado una gama importante de acciones inmediatas que los Estados pueden realizar en el marco de sus obligaciones, como por ejemplo, (a) garantizar el acceso a la educación e información sanitaria, incluida la salud sexual, reproductiva y materno infantil, y evitar que dicha información sea limitada, ocultada o censurada; (b) asegurar el derecho a solicitar, recibir y difundir información sobre cuestiones relativas a la salud, respetando la confidencialidad de los datos personales; y (c) desarrollar un plan de acción nacional de salud pública, elaborado y revisado periódicamente mediante un proceso participativo y transparente.⁶⁹⁰ En el ámbito de la vivienda, el CDESC ha establecido que los Estados deben (a) implementar expeditamente una vigilancia eficaz sobre la situación habitacional mediante la realización de un estudio de los problemas existentes y de los grupos que se encuentran en situación de

⁶⁸⁹ Directrices de Maastricht, n° 14 y 15.

⁶⁹⁰ CDESC, *Observación General N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párr. 11, 12 iv, 14, 36, 37, 43 f y 53.

vulnerabilidad;⁶⁹¹ y (b) revelar en sus informes periódicos información específica sobre desalojos forzosos que incluya el número de personas expulsadas de sus viviendas y de las que carecen de protección jurídica contra la expulsión arbitraria; y sobre la legislación relativa a los derechos de los inquilinos y a la protección frente al desahucio.⁶⁹² Finalmente, en materia educativa, el CDESC ha señalado que los Estados tienen la obligación de (a) supervisar cuidadosamente la enseñanza para evitar cualquier discriminación de hecho y adoptar las medidas para corregirla⁶⁹³ e (b) implementar la educación primaria y obligatoria gratuita si no lo habían hecho antes de la ratificación del tratado en cuestión, y asumir el compromiso de elaborar y adoptar dentro de los plazos establecidos un plan detallado de acción para su realización progresiva.⁶⁹⁴

Evidentemente, para ejercer un control judicial o cuasi-judicial de las acciones u omisiones estatales ejemplificadas anteriormente, es necesaria la provisión de recursos judiciales efectivos como una de las medidas adecuadas para garantizar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales sin discriminación. En relación con el PIDESC, el CDESC ha establecido que existen varios derechos contenidos en dicho instrumento que son de aplicación inmediata por parte de los tribunales nacionales y otros órganos del Estado, tales como (a) el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres (art. 3); (b) el derecho a un salario igual por igual trabajo, asegurando que las mujeres gocen de condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres (artículo 7.a.i); (c) los derechos sindicales, incluido el derecho de huelga (artículo 8); (d) el derecho de los niños y adolescente a recibir asistencia sin discriminación (artículo 10.3); (e) el derecho a la educación primaria obligatoria y

⁶⁹¹ CDESC, *Observación General N° 4* (1991). *El derecho a una vivienda adecuada* (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), párr. 13.

⁶⁹² CDESC, *Observación General N° 7* (1997). *El derecho a una vivienda adecuada* (art. 11.1 del Pacto): los desalojos forzosos, párr. 20.

⁶⁹³ CDESC, *Observación General N° 13* (1999)... *op. cit.*, párr. 37.

⁶⁹⁴ CDESC, *Observación General N° 11* (1999). *Planes de acción de acción para la enseñanza primaria* (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 1, 3 y 8.

gratuita (artículo 13.2.a); (f) la libertad de los padres de escoger para sus hijos escuelas distintas a las públicas (artículo 13.3); (g) la libertad de los particulares para establecer y dirigir instituciones de enseñanza (artículo 13.4); y (h) la libertad para la investigación científica y la actividad creadora (artículo 15.3).⁶⁹⁵ Vale destacar que derechos como el de la igualdad ante la ley y a la no discriminación, los derechos sindicales, el derecho a la educación y del derecho a la protección de la niñez gozan de justiciabilidad en el Sistema Interamericano en virtud de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador, por lo que su aplicación debe ser inmediata.

No obstante, el CDESC ha diferenciado entre derechos de aplicación inmediata, es decir, aquellos que pueden ser aplicados por los tribunales sin más disquisiciones ya que son autoejecutables, y derechos justiciables, es decir, aquellos derechos que pueden o no conocer los tribunales. En cuanto a los primeros, son derechos que por su sola previsión en un instrumento internacional o en una Constitución pueden invocarse directamente sin necesidad de desarrollo normativo (legislativo); evidentemente, que un derecho requiera de desarrollo legislativo no implica que no pueda ser justiciable, simplemente que tal desarrollo es *conditio sine qua non* para su justiciabilidad, y este es un asunto que atañe a todos los derechos humanos, no sólo a los económicos, sociales y culturales, tal como lo analizamos en el apartado 2.3 del capítulo I. Así, si se estableciera una clasificación rígida de estos derechos que los ubique, por definición, fuera del ámbito de los tribunales, la misma sería arbitraria e incompatible con el principio de que los todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes. Por tanto, cuando uno de los derechos reconocidos en la Convención Americana o en el Protocolo de San Salvador no se pueda ejercer plenamente sin la intervención de los tribunales, es preciso establecer los recursos judiciales necesarios, puesto que tomando en cuenta el planteamiento

⁶⁹⁵ CDESC, *Observación General N° 3 (1990)*... *op. cit.*, párr. 5.

general de cada uno de los ordenamientos jurídicos, no hay ningún derecho económico, social o cultural “que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad”.⁶⁹⁶

En línea con lo anterior, me parece significativo traer a colación lo expresado por un juez de la Corte IDH, para quien técnica y jurídicamente importa distinguir entre (a) derechos subjetivos plenamente exigibles, es decir, exigibles directamente por sí mismos, y (b) derechos de carácter progresivo que se comportan como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, exigibles de forma indirecta, “a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación”. Sin embargo, los criterios para determinar en cada caso si se trata de los primeros o de los segundos son circunstanciales e históricamente condicionados, y cuando se concluya que un determinado derecho humano no es exigible directamente, se está en presencia de un derecho al menos exigible indirectamente y de realización progresiva. Por tanto,

[...] los principios de ‘desarrollo progresivo’ contenidos en el artículo 26 de la Convención, si bien literalmente referidos a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, deben a mi juicio entenderse aplicables a cualquiera de los derechos ‘civiles y políticos’ consagrados en la Convención Americana, en la medida y aspectos en que éstos no resulten razonablemente exigibles por sí mismos, y viceversa, que las normas de la propia Convención deben entenderse aplicables extensivamente a los llamados ‘derechos económicos, sociales y culturales’ en la medida y aspectos en que éstos resulten razonablemente exigibles por sí mismos (como ocurre, por ejemplo, con el derecho de huelga). En mi concepto, esta interpretación flexible y recíproca de las

⁶⁹⁶ CDESC, *Observación General N° 9 (1998)*. *La aplicación interna del Pacto*, párr. 10.

normas de la Convención con otras internacionales sobre la materia, e inclusive con las de la legislación nacional, se conviene con las 'normas de interpretación' del artículo 29 de la misma, aplicadas de conformidad con los criterios principistas y finalistas expuestos atrás.⁶⁹⁷

Es importante destacar que el desarrollo progresivo no se limita a los derechos económicos, sociales y culturales, ya que el principio de progresividad es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos en cuanto incluyen con frecuencia disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos en ellos consagrados –sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales-, tal como sucede, por ejemplo, con los artículos 76 y 77 de la Convención Americana. Así, los principios formulados en la Declaración Americana fueron elaborados y ampliados en el Pacto de San José; y análogamente, el Protocolo de San Salvador es una extensión de las normas y principios establecidos en los dos textos anteriores y en la Carta de la OEA.⁶⁹⁸

En todo caso, es claro que los criterios que determinan la inmediatez o progresividad en la aplicación de un derecho son circunstanciales e históricamente condicionados –tal como lo señala el juez Piza y como lo hemos desarrollado a lo largo de la primera parte de esta tesis-, y en consecuencia, son superables (a) mediante el compromiso doctrinal para equilibrar la atención que se le ha brindado a unos derechos (los civiles y políticos) sobre otros (los económicos, sociales y culturales); (b) a través del avance jurisprudencial en la materia, que depende de un cambio de actitud de los órganos encargados de la aplicación de estos derechos y de quienes ejercen el litigio, en el sentido de desprenderse de ciertos prejuicios que condicionan su justiciabilidad; y (c) mediante un cambio en la voluntad política de

⁶⁹⁷ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica... op. cit.*, voto separado del juez Rodolfo E. Piza E. Ambas citas textuales se encuentran en el punto 6.

⁶⁹⁸ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993... op. cit.*, (ii) El principio del desarrollo progresivo, párr. 2.

los Estados de forma tal que perfeccionen los instrumentos interamericanos existentes en el sentido de ampliar la competencia -sobre todo la contenciosa- de los órganos de vigilancia en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

2.3.2.2. La disponibilidad de recursos.

El artículo 26 de la Convención Americana y el artículo 1 del Protocolo de San Salvador condicionan la adopción de medidas para lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, a la disponibilidad de recursos. De la lectura de ambos textos se destaca la distinta redacción en este punto, ya que mientras el artículo 26 habla de “en la medida de los recursos disponibles”, el artículo 1 –al igual que el art. 2.1 del PIDESC- habla de “hasta el máximo de los recursos disponibles”, lo cual puede sugerir alguna diferencia sustancial entre ambas disposiciones. Sin embargo, no existe tal divergencia, ya que “la medida de los recursos disponibles” es justamente “el máximo de los recursos disponibles”, no menos, ya que si fuera menos que el máximo se trataría de la medida en que discrecionalmente quisiera el Estado en cuestión dentro de los recursos de los que dispone. En tal sentido, “[n]o parece ser esa la intención de la norma: la retención discrecional de recursos parece incompatible con el logro progresivo de la plena efectividad de los derechos que surgen del artículo 26”.⁶⁹⁹

Ahora bien, no hay duda que la disponibilidad de recursos es una condicionante para la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, pero como hemos analizado en el apartado 2.2 del capítulo I, todos los derechos humanos requieren de recursos materiales para su debida implementación. De cualquier forma, en materia de derechos económicos, sociales y culturales cuando los recursos son escasos, los Estados tienen la obligación mínima de garantizar la

⁶⁹⁹ COURTIS, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” ... *op. cit.*, p. 50.

satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de tales derechos, pues si la Convención Americana o el Protocolo de San Salvador se interpretaran de tal manera que no establezcan una obligación mínima, carecerían en gran medida de su razón de ser. Evidentemente, cuando se valora si un Estado ha cumplido con su obligación, se debe tener en cuenta la limitación de recursos, pero para que pueda justificar su falta de cumplimiento como consecuencia de dicha limitación, el Estado en cuestión “debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”,⁷⁰⁰ mediante su utilización eficaz y equitativa, y asegurando la igualdad de oportunidades para acceder a tales recursos.⁷⁰¹

En tal sentido, al hacer uso de los recursos disponibles se debe garantizar que toda persona sujeta a la jurisdicción del Estado goce de los servicios esenciales para su subsistencia puesto que, como ya lo hemos señalado, *prima facie* dicho Estado podría incumplir con esta obligación mínima si un porcentaje importante de su población estuviere privado de las más elementales condiciones de alimentación, atención sanitaria, abrigo, vivienda y enseñanza primaria. Por tanto, aunque un Estado demuestre que los recursos con que cuenta son insuficientes, se mantiene en pie su obligación de asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes; incluso, cuando se estén atravesando tiempos de graves limitaciones de recursos causadas por procesos de ajuste estructural, por recesión económica o por otros factores, el Estado tiene el deber de proteger a los grupos más vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo.⁷⁰²

⁷⁰⁰ CDESC, *Observación General N° 3 (1990)*... *op. cit.*, párr. 10.

⁷⁰¹ Principios de Limburgo, n° 27.

⁷⁰² CDESC, *Observación General N° 3 (1990)*... *op. cit.*, párr. 11-12. En el párr. 13, el CDESC llama la atención acerca de “que la frase ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’ tenía la intención, según los redactores del Pacto, de referirse tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia

Bajo estos parámetros y en el marco de los artículos 30 y 32 de la Convención Americana, y del artículo 5 del Protocolo de San Salvador, un Estado Parte sólo podría restringir o limitar los derechos económicos, sociales y culturales de la población si las medidas adoptadas no fueran regresivas, o cuando la limitación tenga por objeto preservar el bienestar general o el bien común dentro de una sociedad democrática, especialmente si es cuestión de proteger los derechos de los sectores más vulnerables de la sociedad. Así las cosas, la obligación de los Estados de observar y defender los derechos humanos les exige, independientemente del nivel de desarrollo económico, garantizar un umbral mínimo de esos derechos, cuyo enfoque constituye un parámetro fundamental para vigilar el cumplimiento de dicha obligación y su consecuente utilización en el litigio de casos ante el CDESC, la CIDH o la Corte IDH. Es preciso señalar que aunque el nivel de desarrollo es un factor a tomar en cuenta en el análisis sobre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales en un Estado, éste no se debe entender como un factor que excluya el deber del Estado de implementar estos derechos en la mayor medida de sus posibilidades.⁷⁰³

Tal como hemos visto, la obligación de garantizar los niveles esenciales de un derecho hace que la prohibición de regresividad sea absoluta en ese aspecto y que no tenga justificación siquiera en relación con la disponibilidad de recursos; de esta forma, pese al carácter progresivo de la obligación de implementación de los derechos económicos, sociales y culturales en virtud del artículo 26 o del artículo 1

internacionales”, lo cual es de suma importancia especialmente cuando se trata de la “asistencia técnica” o la facilitación de préstamos por organismos financieros internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, quienes condicionan los mismos a que los Estados adopten ciertos programas de ajuste estructural que en muchas ocasiones implican retrocesos o estancamiento en la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales. Este asunto lo analizaremos con mayor detalle en el punto 2 del capítulo IV.

⁷⁰³ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993... op. cit.*, (ii) El principio del desarrollo progresivo, párr. 3.

del Protocolo de San Salvador, los Estados Partes tienen el deber de garantizar al menos el contenido mínimo de tales derechos, independientemente de su nivel de desarrollo y de la disponibilidad de recursos. Por tanto, el elemento esencial de la obligación asumida por los Estados en esta materia “es procurar la realización de las aspiraciones sociales y económicas de su pueblo siguiendo un orden que dé prioridad a las necesidades básicas de salud, nutrición y educación. La prioridad de **“los derechos de supervivencia”** y **“las necesidades básicas”** es una consecuencia natural del derecho a la seguridad personal”.⁷⁰⁴

Ahora bien, hemos visto que tanto el CDESC como la CIDH han incorporado a sus análisis las nociones de “contenido mínimo”, “niveles esenciales”, y “necesidades básicas”; sin embargo, las dos primeras se han caracterizado por su falta de claridad, ya que, entre otras cosas, hay tres ideas que las definen y por tanto, es necesario determinar a cuál de ellas nos referimos cuando hablamos de la noción de “contenido mínimo o esencial”. Así, está (a) la idea de un umbral mínimo que implica que cada derecho contiene un núcleo esencial asociado con la supervivencia, por lo que debe ser garantizado a todas las personas en cualquier circunstancia; (b) la idea de una obligación mínima que en líneas generales describe aquellas acciones y omisiones del Estado que son razonablemente necesarias en cualquier circunstancia y con independencia de la disponibilidad de recursos; y (c) la idea de un núcleo mínimo en el contenido de los derechos que si es intervenido constituye una violación.⁷⁰⁵

Y en cuanto a la noción de “necesidades básicas”, la CIDH no ha definido lo que entiende por ella ni su relación con otros derechos humanos; además, la

⁷⁰⁴ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980*, 02 de octubre 1980, Capítulo VI., párr. 6 (énfasis agregado).

⁷⁰⁵ CRAVEN, Matthew, “Assessment of the Progress on Adjudication of Economic, Social and Cultural Rights”... *op. cit.*, p. 39.

principal dificultad de invocarla es que, de forma imperfecta, tiende a traducir a derechos ciertas necesidades humanas y a priorizar algunas de ellas, con lo cual se establece una jerarquía particular de derechos no reconocida en la existente práctica de los derechos humanos.⁷⁰⁶ Así se desprende del Informe Anual 1979-1980 en el que la CIDH parece afirmar que los derechos a la salud, a la alimentación adecuada (nutrición) y a la educación, tienen cierta prioridad sobre el resto, en cuanto se constituyen en “derechos de supervivencia”.

Tal como se deriva del Informe Anual de 1993, la CIDH decidió pasar del enfoque de las “necesidades básicas” (Informe Anual 1979-1980) al enfoque del “nivel o umbral mínimo” (Informe Anual 1993), que no es otra cosa que el “contenido mínimo” o el “nivel esencial” que ha sido objeto de análisis por parte del CDESC en el sentido de la idea (a) analizada anteriormente, en tanto entiende que los derechos económicos, sociales y culturales contienen un núcleo esencial asociado con la sobrevivencia que debe ser garantizado a todas las personas en cualquier circunstancia.

No obstante, aunque la CIDH pasó de un enfoque a otro para evitar las dificultades que encierra la noción de “necesidades básicas”, ahora tiene que superar las de la noción de “contenido mínimo”, pues si entendemos dicho concepto como el conjunto de garantías que componen cada derecho humano y que incluye características universales a todos ellos y específicas para cada uno,⁷⁰⁷ entonces no es

⁷⁰⁶ CRAVEN, Matthew, “The protection of Economic, Social and Cultural Rights under the Inter-American System of Human Rights”... *op. cit.*, p. 317.

⁷⁰⁷ Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Programa Internacional de Becas en Derechos Humanos y Foro Asiático para los Derechos Humanos y el Desarrollo, *Círculo de Derechos. Una herramienta de entrenamiento para el activismo en defensa de los derechos económicos, sociales, y culturales*, International Human Rights Internship Program, 2000, p. 171. “La características universales son aquellas que se aplican a todos los derechos. La no discriminación, por ejemplo, es una de ellas. Al mismo tiempo ciertas características que componen el contenido esencial de un derecho se presentan únicamente en ese derecho. Así, el acceso a ‘la inmunización

una tarea fácil determinar el ámbito de dicho contenido y sus fronteras, en el sentido de distinguir entre el núcleo del derecho -su sustancia-, del ámbito que no lo es, es decir, su periferia. Esta dificultad radica en que los derechos humanos no son seres u objetos con sustancia propia, sino una creación del lenguaje jurídico que ha sido tomado de las ciencias naturales, y por lo tanto, al ser un concepto utilizado por diversos actores como jueces, litigantes, legisladores, filósofos, teóricos del derecho, etc., pueden existir distintas maneras de entender o de concebir tal contenido. En otras palabras, lo que para uno de estos actores pueda ser parte o estar dentro del núcleo de un derecho humano, para otro, puede estar fuera de él, lo cual plantea la difícil cuestión de determinar cuál es el criterio o criterios correctos para determinar de forma unánime lo que es parte o no del contenido esencial de un derecho.

Por ello, tales dificultades hacen que se esgriman argumentos en contra de la definición de “contenido mínimo”, especialmente cuando se trata de establecer parámetros aplicables universalmente. Además, teniendo en cuenta que esta noción está asociada con elementos que no pueden ser derogados, que requieren aplicación inmediata y que son justiciables, existe el riesgo de que los órganos judiciales o cuasi-judiciales pertinentes, en el marco de sus funciones, establezcan equivocadamente lo que constituye el ámbito de dicha noción, dejando otros componentes importantes en manos de la discrecionalidad de los órganos políticos, y por tanto, fuera del alcance de los propios tribunales. Aunado a lo anterior, la noción de “contenido mínimo” tiene diferente impacto dependiendo del nivel de desarrollo de los países, pues si se trata de un país desarrollado, se puede tender a ignorar las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales dado que el problema no suele ser la falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas esenciales, sino la obligación de aplicar el máximo de recursos disponibles; pero si se trata de países en vías de desarrollo, el

contra enfermedades endémicas y epidémicas’ es un componente clave del contenido esencial del derecho a la salud pero no es aplicable a otros derechos”.

contenido mínimo puede verse como el techo hasta donde tienen la obligación de llegar los Estados y no como el piso desde el cual deben iniciar progresivamente la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, una dificultad que entraña esta noción es que se conciba o se centre en los aspectos negativos o relacionados con los derechos civiles de un derecho económico, social y cultural; por ejemplo, bajo esta concepción el contenido mínimo del derecho a la vivienda podría centrarse únicamente en el derecho al debido proceso en caso de desalojos, con lo cual se corre el peligro de no contribuir al desarrollo sustancial (normativo y jurisprudencial) de los derechos económicos, sociales y culturales.⁷⁰⁸

Pese a todas estas dificultades, la correcta utilización de la noción de contenido mínimo constituye una herramienta fundamental para promover la justiciabilidad de estos derechos y para monitorear su desarrollo progresivo mediante la utilización de los indicadores respectivos.⁷⁰⁹ Pero para ello, es necesario que desde la jurisprudencia, el litigio y la dogmática jurídica se vayan concretando los componentes esenciales y periféricos de cada derecho, lo cual está sustentado en la idea de que cuando un Estado ha aceptado ciertas obligaciones jurídicas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, asume que bajo cualquier circunstancia, incluidos los períodos de escasez de recursos, tiene la obligación de garantizar los niveles esenciales o el contenido mínimo de los derechos, cuyo goce y disfrute se comprometió a promover y asegurar.⁷¹⁰

Antes de analizar lo señalado por el CDESC y los órganos del Sistema Interamericano al respecto, también hay que destacar que desde la dogmática

⁷⁰⁸ *Ibíd.*, pp. 174-175.

⁷⁰⁹ Sobre el estado de la discusión sobre indicadores de derechos humanos, véase SANDOVAL TERÁN, Areli, *Construcción de indicadores en materia de derechos humanos económicos, sociales, culturales y ambientales*, Equipo Pueblo, Ciudad de México, marzo de 2007, pp. 24-78.

⁷¹⁰ DANKWA, Victor, FLINTERMAN, Cees and LECKIE, Scott, "Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights", in *Human Rights Quarterly*, Vol. 20, N° 3, The Johns Hopkins University Press, August 1998, p. 717.

jurídica se han desarrollado varias teorías que, a pesar de sus diferencias, coinciden en que la estructura de todos los derechos humanos está constituida por un núcleo que es indisponible y una periferia que puede ser modificada, restringida o suprimida. Sin ánimo de exhaustividad, entre las teorías más importantes pueden señalarse (a) la teoría espacial-absoluta que concibe a los derechos humanos como una entidad corpórea estática dotada de sustancia, que ocupa un lugar con coordenadas bien definidas, y cuyo contenido se extiende a través de un determinado ámbito, en cuyo centro se ubica su núcleo, el cual puede ser determinado en abstracto independientemente de la situación histórica y de las circunstancias concretas de cada caso. Por tanto, el núcleo –contrariamente a su periferia- es el ámbito que siempre debe permanecer en el derecho ante cualquier intervención de los poderes públicos. También hay que aclarar que dentro de las teorías absolutas, existen las teorías espaciales-relativas para las que se puede intervenir en cualquier parte del contenido del derecho, siempre y cuando tal intervención sea proporcionada; al contrario de las teorías espaciales-absolutas para las que la intervención en un derecho sólo es admisible en su periferia pero nunca en su núcleo.⁷¹¹

(b) Por su parte, la teoría temporal-absoluta define el núcleo como el conjunto de normas y posiciones jurídicas que siempre permanecen en la estructura del derecho, a pesar de que éste sufra transformaciones con el paso del tiempo. En este sentido, el contenido esencial es el componente que permanece vivo pese al tiempo, persiste abierto al cambio y siempre reconocible, pero nunca idéntico a sí mismo.⁷¹²

(c) Y finalmente, la teoría mixta combina los postulados básicos de las dos teorías anteriores y considera el principio de proporcionalidad como criterio para la definición de la vinculación de los poderes públicos a los derechos humanos. De este

⁷¹¹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, prólogo de José Luis Cascajo Castro, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 3ª edición 2007, pp. 409-411.

⁷¹² JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 71.

modo, tales derechos siguen siendo concebidos como un cuerpo cuya sustancia se divide en un núcleo y una periferia, pero las intervenciones del poder público en esta última, no son dejadas en manos de la política sino que están vinculadas jurídicamente y sólo son tolerables si respetan el principio de proporcionalidad. Por tanto, las intervenciones en el núcleo nunca son admisibles y las intromisiones en la periferia sólo son tolerables si están debidamente justificadas y si son proporcionadas, es decir, si se superan los tres juicios del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁷¹³

Es fundamental dejar claro que la noción de “contenido mínimo o esencial” no es de aplicación exclusiva a los derechos económicos, sociales y culturales, sino también a los derechos civiles y políticos. Por ejemplo, un elemento del contenido mínimo del derecho a no ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios comprende la exigencia de una orden judicial y su presentación a la persona objeto de una detención; aunque en caso de suspensión justificada de las garantías constitucionales una persona podría ser detenida sin una orden judicial, otro elemento del contenido esencial lo constituye que su detención no sea indefinida. En materia de derechos económicos, sociales y culturales, el CDESC ha definido el contenido mínimo de ciertos derechos, entre ellos, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación y el derecho a la educación. Con respecto al primero, este órgano de vigilancia ha establecido que los Estados tienen la obligación de asegurar como mínimo la satisfacción de la atención primaria básica, lo cual implica (a) garantizar el acceso a los centros, bienes y servicios de salud sin ningún tipo de discriminación; (b) asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada, segura y suficiente para que nadie padezca hambre; (c) garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua potable; (d) facilitar medicamentos básicos según las definiciones

⁷¹³ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad... op. cit.*, p. 426.

periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; (e) velar por la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y (f) adoptar y aplicar sobre la base de pruebas epidemiológicas un plan de acción nacional.⁷¹⁴

En relación con el derecho a la alimentación, el CDESC ha sostenido que su contenido básico comprende (a) la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de las personas; y (b) la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.⁷¹⁵ Y finalmente, con respecto al derecho a la educación, este órgano ha determinado que la obligación mínima de los Estados comprende (a) vigilar y asegurar que todos tengan acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna; (b) proporcionar enseñanza primaria gratuita y obligatoria; (c) adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria, superior y básica; y (d) velar por la libre elección de la educación sin interferencias estatales o de actores privados.⁷¹⁶

En cuanto a la posición de la CIDH, hemos visto que pasó del enfoque de las necesidades básicas al enfoque del umbral mínimo, ya que una de las ventajas de este último frente al primero es que en lugar de establecer *a priori* una determinada jerarquía entre los derechos, aboga por la necesidad de que se adopten medidas en todos los ámbitos para asegurar a todas las personas un nivel mínimo de disfrute de todos los derechos humanos, sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. En este sentido, el enfoque del umbral mínimo encierra una serie de principios básicos que son fundamentales para la aplicación de los derechos

⁷¹⁴ CDESC, *Observación General N° 14 (2000)*... *op. cit.*, párr. 43.

⁷¹⁵ CDESC, *Observación General N° 12 (1999)*... *op. cit.*, párr. 8.

⁷¹⁶ CDESC, *Observación General N° 13 (1999)*... *op. cit.*, párr. 57.

económicos, sociales y culturales y que la propia CIDH ha reconocido. Así, ya hemos establecido que para este órgano interamericano, aunque tales derechos son, en principio, sujetos a una aplicación paulatina o progresiva, ello no exime a los Estados de su obligación de tomar medidas inmediatas para lograr la plena realización de esos derechos. A su vez, este enfoque exige que cuando un Estado diseñe y aplique políticas públicas en materia económica y social, preste especial atención a la asistencia de los sectores más pobres y vulnerables de la sociedad, ya que para la CIDH este factor es especialmente importante en una región donde los grandes problemas están relacionados con la distribución de la riqueza y con otras deficiencias estructurales.⁷¹⁷

Bajo estos parámetros, cuando un Estado americano se compromete a implementar los derechos económicos, sociales y culturales, adquiere la obligación de redistribuir la riqueza sobre la base de las necesidades de su población; esta posición ha sido asumida por la CIDH respecto con los Programas de Ajuste Estructural, cuya aplicación ha disminuido la inversión pública en el ámbito social, lo que ha llevado a un incremento en la incidencia de la pobreza en muchos países del área.⁷¹⁸ En esta línea, la CIDH ha argumentado que

[...] los ajustes económicos y estructurales que muchos Estados de la región han aplicado para acceder al crédito financiero internacional han exigido drásticas reducciones precisamente en la esfera del gasto público en momentos en que los grupos vulnerables de esas sociedades tienen una acuciante necesidad de programas sociales. De manera que el resultado involuntario de esos programas de ajuste económico ha sido en los hechos un agravamiento de la situación de pobreza. Son los pobres los que soportan la mayor parte de la carga económica y social causada por la

⁷¹⁷ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993...* *op. cit.*, (ii) El principio del desarrollo progresivo, párr. 3.

⁷¹⁸ CRAVEN, Matthew, "The protection of Economic, Social and Cultural Rights under the Inter-American System of Human Rights" ... *op. cit.*, p. 318.

restricción del gasto público. Los ajustes económicos no deben comportar una menor observancia de los derechos humanos, sino que más bien deben utilizarse para corregir los desequilibrios sociales y las violaciones estructurales intrínsecas de las estructuras económicas y sociales de los países de la región.⁷¹⁹

Además, para determinar si un Estado ha adoptado las medidas adecuadas para lograr la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales, la CIDH evalúa si se han utilizado equitativa y eficazmente los recursos disponibles y si se han asignado a programas sociales que incidan positivamente en las condiciones de vida de los sectores más vulnerables de la sociedad y que históricamente han estado excluidos de los procesos políticos y económicos que sin duda les afectan.⁷²⁰ Por otro lado, ya hemos señalado que para este órgano interamericano el nivel de desarrollo de un país es un factor que debe ser tomado en cuenta al momento de evaluar la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales aunque no debe entenderse como un factor que excluya su deber de implementarlos en la mayor medida de sus posibilidades. En este sentido, para la CIDH el principio de progresividad demanda que

[...] a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. Y, ello, porque garantizar los derechos económicos, sociales y culturales exige en la mayoría de los casos un gasto público destinado a programas sociales. En teoría, la idea es que, cuantos más recursos tenga un Estado, mayor será su capacidad para brindar servicios que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales. Esta idea se reafirma en el artículo 32 de la Carta de la OEA, donde se describe el desarrollo como la “responsabilidad primordial de cada país y debe constituir un **proceso continuo e integral** para el establecimiento de un orden económico y social **más justo...**” (énfasis

⁷¹⁹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993...* op. cit., (ii) El principio del desarrollo progresivo, párr. 3.

⁷²⁰ *Ibíd.*, (v) Análisis de la asignación y el uso efectivo de los recursos, párr. 1.

agregado). Sin embargo, la Comisión toma nota de que, en vista de la desigual distribución de la riqueza en los Estados de la región y de otras deficiencias estructurales (como veremos más adelante), un incremento del ingreso nacional no se traduce automáticamente en una mejoría del bienestar general de la población. El compromiso de los Estados de tomar medidas con el objetivo de alcanzar progresivamente la realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales exige el uso efectivo de los recursos disponibles para garantizar un nivel de vida mínimo para todos.⁷²¹

De lo anterior se desprende que como la CIDH no ha considerado oportuno establecer sus propios estándares mínimos en virtud de los cuales los Estados deben ser evaluados, permite que sean los Estados quienes establezcan sus propios estándares al respecto.⁷²² El problema obvio con este enfoque es que sugiere que lo que se presenta como un estándar mínimo, de hecho, se limita a ser lo que los Estados están dispuestos a conceder, dependiendo de su nivel de desarrollo. Asimismo, diferentes niveles de logro en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales entre los diferentes Estados es contraria a la supuesta universalidad de los derechos humanos, y además, es evidente que los Estados no estarían dispuestos a aceptar el principio de diferencia de objetivos en relación con estos derechos. De cualquier forma, la verdadera dificultad de aceptar la tesis anterior sólo puede medirse en contextos específicos y en relación con determinadas cuestiones; por ello, a menos que la CIDH asuma la posición de admitir y analizar a fondo casos concretos que aleguen supuestas violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, sus pronunciamientos al respecto sólo a través de los informes –

⁷²¹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993... op. cit.*, (ii) El principio del desarrollo progresivo, párr. 3.

⁷²² En este sentido, la CIDH ha señalado que “[c]omo la promoción y vigencia de este tipo de derechos es de naturaleza progresiva y proporcional al desarrollo de cada país miembro, la exigibilidad de su cumplimiento ha quedado referido a las posibilidades que cada Gobierno ha tenido para poder implementarlos”, en CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991*, 14 de febrero de 1992, Capítulo VI. III. Estado de los derechos económicos, sociales y culturales en el Hemisferio.

que en muchos casos sólo contienen referencias vagas al respecto-, se mantendrán en un nivel abstracto y carente de significado real. En este sentido, aunque la CIDH ha comenzado a ocuparse más sobre la vigencia de estos derechos en el continente, para lo cual se ha sustentado principalmente en el trabajo desarrollado por el CDESC, todavía tiene que coincidir con este órgano de la ONU en el sentido de tener la voluntad de aplicar principios generales a casos o situaciones específicas y realizar un tratamiento metódico y coherente de los derechos económicos, sociales y culturales.⁷²³

Para finalizar, hay que destacar que pese a las críticas al enfoque del “contenido mínimo”, es una herramienta importante para el monitoreo permanente de la implementación efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales, por lo que es necesario superar toda lectura restrictiva y minimalista que aumenta las dificultades para establecer parámetros universalmente aplicables, y sobre todo, superar los peligros de asumir ciertos estándares “mínimos” como si fueran definitivos, y que privarían de protección a los ámbitos de un derecho que no formen parte de su contenido esencial. Por ello, debe existir un diálogo permanente entre las formas jurídicas y las realidades que pretenden regular, en el sentido de que los niveles básicos tienen que interpretarse en contextos concretos y tomando en consideración los desafíos históricos que enfrenta la plena realización de un derecho.⁷²⁴

Bajo estos parámetros, hay que asumir un equilibrio pragmático entre el ideal que representa la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual requiere un desarrollo progresivo (al igual que la plena realización de los

⁷²³ CRAVEN, Matthew, “The protection of Economic, Social and Cultural Rights under the Inter-American System of Human Rights”... *op. cit.*, pp. 319-320.

⁷²⁴ PARRA VERA, Oscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en COURTIS, Christian (Comp.), *Ni un paso atrás... op. cit.*, pp. 56-57 y 63-70.

derechos civiles y políticos), y la realidad, representada en este caso por el respeto de los contenidos mínimos, especialmente de los sectores más vulnerables de la población. Evidentemente, dicho equilibrio no debe llevarnos a renunciar al ideal de la implementación plena de estos derechos ni a posponerlo o suplantarlos por la sola garantía del contenido mínimo; en esta línea, un primer paso que los Estados americanos deben dar es establecer un sistema nacional de identificación de las necesidades locales y las oportunidades para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, y al hacerlo, deben, en particular, definir las necesidades de los grupos que tienen mayores dificultades en su disfrute, para poder determinar cuál es el enfoque más adecuado para enfrentar las vulnerabilidades identificadas.⁷²⁵

Para ello, se requiere el diseño e implementación de un sistema de indicadores que sirva como parámetro para exigir a los Estados el cumplimiento de ciertos objetivos que resulten medibles en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Sobre este asunto volveremos en el apartado 1.1 del capítulo IV, ya que la elaboración de indicadores de progreso es una de las recientes medidas tomadas por el Sistema Interamericano para la garantía de tales derechos.

2.4. Práctica y jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana.

De lo analizado a lo largo de este capítulo podemos constatar que el marco normativo del Sistema Interamericano, pese a no ser óptimo, ofrece importantes posibilidades de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, a lo que se suman las amplias facultades de la CIDH y la Corte IDH para monitorear y decidir sobre situaciones relacionadas con estos derechos. No obstante, los resultados en esta materia no han correspondido ni con las posibilidades mencionadas anteriormente ni con las condiciones de pobreza y desigualdad en el continente que

⁷²⁵ EIDE, Asbjørn, "Realization of social and economic rights and the minimum threshold approach", in PIERRE CLAUDE, Richard and WESTON, Burns H., *Human rights in the world community. Issues and action*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, Penn., 2nd ed., 1992, p. 164.

requieren de actitudes y acciones contundentes por parte de los diversos actores que interactúan en el Sistema Interamericano, las cuales deben encaminarse a lograr la protección efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales, de la misma forma que se ha hecho con los derechos civiles y políticos.

Aunque se han dado pasos importantes para perfeccionar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro sistema regional, la CIDH y la Corte IDH aún no les han dispensado un tratamiento metódico y coherente, y salvo contadas excepciones, cuando lo han hecho ha sido mediante su conexión con los derechos civiles y políticos o limitando sus propias potencialidades. En el caso de la CIDH, si analizamos el proceso histórico de sus informes generales o especiales podemos ver que el abordaje de los derechos económicos, sociales y culturales ha tenido varias fases: (a) una primera fase embrionaria en tanto que la protección de estos derechos se hacía mediante la protección de los derechos civiles y políticos (1962-1978); (b) una segunda etapa caracterizada por el reconocimiento directo de tales derechos mediante el análisis de su situación general en un Estado o el examen de la situación específica de un derecho (1978-1983); (c) una tercera fase en la que hay una involución en el sentido de volver al esquema analítico de la primera fase, es decir, a través de la óptica de los derechos civiles y políticos o limitando el reconocimiento directo a los derechos laborales y sindicales (1985-1993); (d) una cuarta etapa en la que el análisis directo de los derechos económicos, sociales y culturales se centra en sectores específicos, especialmente los más vulnerables de la sociedad (1993-1994); (e) una quinta fase en la que, al igual que la tercera, el tratamiento de estos derechos se hace en clave de derechos civiles y políticos (1994-1996); (f) una sexta fase, muy parecida a la cuarta, en la que el análisis vuelve a centrarse hacia sectores especialmente vulnerables (1997-2000);⁷²⁶ y finalmente, (g)

⁷²⁶ URQUILLA, Carlos Rafael, "Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos" ... *op. cit.*, pp. 269-270.

una séptima fase, en la que además de centrarse en sectores vulnerables, la CIDH también se enfoca en el análisis de derechos concretos (2001-a la actualidad).⁷²⁷

A pesar de que el CDESC ha sido una fuente de influencia sobre el trabajo de la CIDH, el tratamiento que ésta le ha dado a los derechos económicos, sociales y culturales dista mucho de los resultados obtenidos por el primero, lo cual no se debe a que haya poco que decir sobre la situación de estos derechos en el continente americano, sino en gran medida a una especie de auto-restricción de la CIDH en virtud del peso que han tenido algunas de las ya estudiadas razones históricas, conceptuales y filosóficas respecto de los derechos económicos, sociales y culturales. Incluso, si examinamos algunos ejemplos en los que el CDESC y la CIDH analizaron idénticas situaciones dentro de un país en relación con los derechos humanos en general, el primero sí ha identificado algunos aspectos de preocupación con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, mientras que la CIDH no;⁷²⁸ así, en su Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (1993), la CIDH no hizo una sola mención sobre la existencia de problemas relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales de la población en general,⁷²⁹ mientras

⁷²⁷ En el Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (2001) la CIDH se enfoca en la población campesina y en dos derechos concretos: los derechos laborales y el derecho a la salud; en el Quinto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (2001), se enfoca en las personas con discapacidad, las personas privadas de libertad, los pueblos indígenas, la niñez y las mujeres, y en los derechos a la educación y a la salud; en el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela (2003) se centra en el derecho a la libertad sindical; en el Informe "Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala" (2003), la CIDH centra su análisis en la situación de los pueblos indígenas, las mujeres y la niñez; en el informe "Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia" (2007) la CIDH enfoca su análisis en los derechos de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, derechos de las mujeres, personas privadas de libertad, niñas y niños y personas solicitantes de refugio.

⁷²⁸ CRAVEN, Matthew, "The protection of Economic, Social and Cultural Rights under the Inter-American System of Human Rights" ... *op. cit.*, p. 320.

⁷²⁹ CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 14 de octubre 1993. En este informe, los temas de preocupación de este órgano interamericano son el derecho a la justicia (Capítulo IV), el derecho a la libertad personal (Capítulo V), el derecho a la seguridad e integridad personal (Capítulo VI), el derecho a la vida (Capítulo VII), el derecho a la libertad de asociación (Capítulo VIII), la libertad de pensamiento y expresión (Capítulo IX). Aunque la CIDH analiza la

que el CDESC, en su evaluación del Tercer informe periódico de Colombia (1995) expresó su preocupación respecto a problemas relativos a la vivienda, el acceso a la educación, a la salud y seguridad en el trabajo, el trabajo infantil, la libertad sindical, la discriminación contra la mujer, la pobreza, entre otras cosas.⁷³⁰

En el caso de la CIDH, dicho tratamiento se ha debido –además de las razones analizadas en la primera parte de esta tesis- (a) a que durante sus primeras dos décadas (1959-1979) de vida tuvo que lidiar con gobiernos autoritarios y totalitarios; (b) a que en esos años la comunidad internacional consideraba que el tema de los derechos humanos era un asunto interno de cada Estado en el marco de su soberanía; (c) a que aquella época se caracterizaba por una mayor debilidad de los sistemas de protección universal y regional de derechos humanos, los cuales se ocupaban de problemas considerados más urgentes; (d) a que no había mucho desarrollo de las organizaciones de la sociedad civil en temas de derechos humanos que imprimieran dinamismo y monitorearan el sistema de protección americano; y (e) a que todavía hoy existe un “muy incipiente desarrollo de una conciencia de que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos y no prerrogativas o beneficios estatales que dependen de la existencia de recursos y de la buena voluntad de los gobiernos, y no del fiel cumplimiento de obligaciones contraídas en forma solemne ante la comunidad nacional e internacional”.⁷³¹

Dentro de ese incipiente desarrollo, se han elaborado estrategias directas e indirectas de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales que van desde interpretar en clave social un derecho civil y político, exigir el respeto de las

situación de derechos como a la cultura, a la propiedad colectiva y a la salud, su examen se centra en los pueblos indígenas como sector vulnerable y no en los derechos de toda la población (Capítulo XI).

⁷³⁰ CDESC, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Colombia*. 06/12/95, 06 de diciembre de 1995, párr. 181-192.

⁷³¹ MÉNDEZ, Juan E., “Derechos económicos, sociales y culturales: experiencias y posibilidades dentro del Sistema Interamericano”, en Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Ed.), *Construyendo una Agenda... op. cit.*, 115-116.

garantías judiciales y la protección judicial en procesos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales, denunciar prácticas o políticas discriminatorias que afecten el goce de uno de estos derechos, denunciar la violación de uno de los derechos reconocidos como justiciables en el Protocolo de San Salvador o construir hermenéuticamente la justiciabilidad de uno de los derechos implícitos en el artículo 26 de la Convención Americana.⁷³²

En lo que sigue, analizaremos una serie de casos en los que la CIDH y la Corte IDH han resuelto asuntos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales he escogido en virtud de su trascendencia e impacto, y por las posibilidades que ofrecen en cuanto a una protección más efectiva de estos derechos en un futuro cercano.

2.4.1. Cotejo de casos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales.

A medida que vayamos analizando los derechos económicos, sociales y culturales enumerados a continuación, advertiremos que ni la CIDH ni la Corte IDH han desarrollado estándares sobre la mayor parte de ellos; evidentemente, para que la Corte IDH tenga la posibilidad de pronunciarse sobre estos asuntos es preciso que la CIDH active su competencia contenciosa mediante la presentación de los casos que podrían terminar en sentencias y consecuentemente, generar la jurisprudencia

⁷³² A través la exigibilidad directa se somete a conocimiento inmediato de la CIDH o la Corte IDH un asunto relacionado con un derecho económico, social y cultural, puesto que “cuando la conducta exigible del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales resulta claramente determinable, no existe impedimento teórico para considerar que estos derechos son directamente exigibles por vía judicial, bien a partir del reclamo individual, bien a través de la articulación de un reclamo colectivo”. Mediante de la exigibilidad indirecta, la tutela de un derecho económico, social y cultural se logra a partir de la invocación de un derecho civil y político, con lo cual se pretende “aprovechar las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos, de modo de permitir, por esa vía, el amparo del derecho social en cuestión”, en ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...op. cit.* Las citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 132-133 y 168.

necesaria para ir definiendo clara y concretamente el contenido específico de los derechos examinados y el alcance de las obligaciones estatales en la materia.

Sin embargo, la protección efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales es todavía un tema novedoso para la jurisdicción interamericana y aunque en el caso de la Corte IDH ha examinado asuntos que lindan con cuestiones económicas, sociales y culturales, aún no ha entrado de lleno en esta materia por sí misma y tampoco se ha pronunciado acerca del sentido que posee la denominada progresividad de tales derechos.⁷³³ En este sentido, la Corte IDH ha utilizado los distintos mecanismos con que cuenta (opiniones consultivas, sentencias, medidas provisionales y reparaciones) para considerar un número de casos que, aunque limitado, ha constituido un importante avance para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, y que permite presagiar que los órganos interamericanos cada vez dan más pasos significativos en la consecución de ese fin.

A continuación consideraremos algunos derechos que han sido examinados por la CIDH y la Corte IDH, centrándonos sobre todo en el derecho a la salud, el derecho a la educación, los derechos laborales y el derecho a la seguridad social. Para cada uno de estos derechos examinaremos varios asuntos, cuyo análisis estará compuesto por la definición de los derechos en los instrumentos interamericanos, una explicación de la situación denunciada en cada caso, el contenido de la petición, las conclusiones y la decisión del órgano respectivo. Dicho análisis será enriquecido con lo establecido por los órganos interamericanos en sus informes anuales y especiales, en las medidas cautelares y provisionales adoptadas, y en las opiniones consultivas. En este sentido, para cada derecho analizaremos en primer lugar lo que ha establecido la CIDH en sus informes anuales, en sus informes especiales, en sus

⁷³³ Corte IDH, *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú...* *op. cit.*, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, punto 3.

informes por país, en los casos que ha admitido, resuelto el fondo del asunto o que han terminado en solución amistosa y en las resoluciones sobre medidas cautelares; y en segundo lugar, analizaremos lo que ha determinado la Corte IDH en sus opiniones consultivas, en sus sentencias y en las medidas provisionales adoptadas.

2.4.1.1. El derecho a la salud.

El derecho a la salud se encuentra reconocido en la Declaración Americana, en el Protocolo de San Salvador y en el artículo 26 de la Convención Americana vía referencia a las normas pertinentes de la Carta de la OEA. Así, el artículo XI de la Declaración Americana señala que el derecho a la salud consiste en su preservación “por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. Por su parte, el artículo 10 del Protocolo de San Salvador reconoce que

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
 - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
 - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
 - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
 - e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Y finalmente, a la luz de lo analizado en el sub-apartado 2.3.1 relativo a “La remisión del artículo 26 a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA”, podríamos determinar el derecho a la salud mediante su derivación de los artículos 34 literales *i)* y *l)*, y 45 literal *h)* de la Carta de la OEA, los cuales establecen, en su orden, la extensión y aplicación de los conocimientos médicos, las condiciones urbanas que posibiliten una vida sana y digna, y el acceso a la seguridad social. De acuerdo con el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, las medidas de protección de este derecho se limitan a un sistema de informes periódicos que los Estados tienen la obligación de presentar.

Hemos señalado anteriormente que en los años iniciales de funcionamiento la CIDH enfocó sus esfuerzos en promover y proteger algunos derechos civiles y políticos que, en el marco de la inestabilidad política, la existencia de dictaduras militares y de gobiernos autoritarios que caracterizaban a la región, requerían de una atención urgente. De esta manera, los derechos económicos, sociales y culturales apenas ocupaban un lugar marginal en su agenda de trabajo, tal como se puede corroborar mediante la lectura de sus primeros informes anuales, en los que la CIDH solamente hace un recuento de algunas normas constitucionales, legales o administrativas y decisiones judiciales que implican progresos en el ejercicio de los derechos consagrados en la Declaración Americana.

Así, (a) en su Informe Anual de 1973 la CIDH aplaudió varias medidas tomadas por algunos Estados con el fin de garantizar el derecho a la preservación de la salud y al bienestar, tales como, la creación de un Centro Nacional de Reeducción Social para asistir integralmente a las personas adictas a sustancias estupefacientes o

psicotrópicas; la disposición de una Política Nacional del Medio Ambiente con carácter obligatorio y que incluye la prevención, regulación, control y prohibición de los contaminantes y sus causas (Argentina); la reglamentación especial para el funcionamiento de una Junta de Desarrollo Social encargada de elaborar una política de protección y desarrollo social integral para la infancia, la juventud y los adultos (Bolivia); la adopción de normas encaminadas a conservar la salud y el bienestar de los trabajadores rurales (Brasil); la creación del Consejo Nacional de Salud Mental (Colombia); y la adopción de una ley que obliga al Ministerio de Salubridad Pública y la Caja Costarricense de Seguro Social dar medicina asistencial y preventiva en el campo de las enfermedades infecciosas y protección materno infantil a la población bajo la responsabilidad de cada una de dichas instituciones (Costa Rica).⁷³⁴

(b) En su Informe Anual de 1979-1980, la CIDH señaló que los Estados están en la obligación de procurar la realización de las aspiraciones sociales y económicas de su pueblo, siguiendo un orden que dé prioridad a las necesidades básicas de salud, nutrición y educación. En este sentido, para la CIDH, el derecho a la salud se constituye en un “derecho de supervivencia” y en una “necesidad básica” que es una consecuencia natural del derecho a la seguridad personal. Por ello, exhortó a los Estados miembros a que le proporcionen toda la información relativa a los niveles de salud y sobre las medidas adoptadas para mejorar tales niveles con el fin de que la CIDH pueda expandir sus esfuerzos para la realización de este derecho.⁷³⁵

(c) En su Informe Anual de 1980-1981, la CIDH reiteró lo señalado en el Informe de 1979-1980 y sostiene además que los esfuerzos para eliminar la extrema pobreza han producido resultados excelentes en aquellos países que han ampliado

⁷³⁴ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1973*, 14 de febrero de 1974, Sección primera. Parte I. 5.

⁷³⁵ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980... op. cit.*, Capítulo VI.

los servicios de atención en salud pública al nivel más bajo de la sociedad y que han extendido el beneficio de la seguridad social a todos los sectores de la población. Este órgano interamericano reconoció que “no existe ningún sistema político o económico, ningún modelo individual de desarrollo, que haya demostrado una capacidad excluyente o claramente superior para promover los derechos económicos y sociales; pero cualquiera que sea ese sistema o modelo, deberá atender prioritariamente la realización de aquellos fundamentales derechos que permitan eliminar la extrema pobreza”, entre los que destaca el derecho a la salud.⁷³⁶

(d) En su informe Anual de 1984-1985, la CIDH, atendiendo a la Resolución AG/RES. 742 (XIV-0/84) que invitaba a los Estados miembros, órganos y organismos interesados a efectuar proposiciones concretas sobre los derechos a incluir en el proyectado Protocolo de San Salvador, propuso que en relación con el derecho a la salud sería conveniente consagrarlo juntamente con el derecho a la existencia de otras condiciones sociales estrechamente vinculadas con una vida sana, como son la vivienda digna y un medio ambiente libre de contaminación. Además consideró que a estos derechos debería agregarse el derecho a la alimentación y que en el momento de la elaboración normativa debería prestarse especial atención a la experiencia de la OMS.⁷³⁷

(e) En su Informe Anual de 1985-1986 y en el marco del análisis de la posible adopción del Protocolo de San Salvador, la CIDH estableció que el derecho a la salud, junto con el derecho al trabajo y el derecho a la educación, constituían el núcleo fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales que debían garantizarse en el referido Protocolo. En ese sentido, consideró que al derecho a la

⁷³⁶ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-1981*, 16 de octubre de 1981, Capítulo V.

⁷³⁷ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985*, 01 de octubre de 1985, Capítulo V. II. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

salud debían agregarse otros derechos conexos o vinculados directamente con él, como son el derecho a vivir en un medio ambiente sano y el derecho a la alimentación.⁷³⁸

(f) En sus Informes Anuales de 1991 y 1992-1993, la CIDH reconoció que debido a la difícil situación económica que enfrentan la mayoría de países América Latina, los problemas de mayor incidencia son el deterioro paulatino de algunos elementos del derecho a la salud, tales como el adecuado nivel de vida de los pobladores, la falta de recursos de todo tipo para la asistencia médica y salubridad pública, el alto índice de mortinatalidad y mortandad infantil, los altos índices de desnutrición, el grave deterioro del medio ambiente por factores de contaminación y sobre-explotación de valiosos recursos ecológicos, entre otros. Además, manifestó su preocupación por los casi inexistentes niveles de salubridad pública y de servicios de agua potable para la gran mayoría de pobladores de la región; por la epidemia de cólera que azotó al Perú y por el rebrote de esta enfermedad en un gran número de países latinoamericanos como Ecuador, Colombia, Chile y Brasil; también expresó su inquietud por la alarmante aparición del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) especialmente en los Estados Unidos de América y Brasil, siendo el caso de este último país el más preocupante ya que se vincula mucho la transmisión de esta enfermedad “a la extrema pobreza y se entrelaza con el analfabetismo, debido a que la mayoría de las campañas que combaten esta terrible amenaza están basadas en volantes escritos y documentos gráficos que requieren de un nivel mínimo de alfabetismo”.⁷³⁹

⁷³⁸ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*, 26 de septiembre de 1986, Capítulo V. II. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁷³⁹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991*, 22 de febrero de 1991, Capítulo V. I. La codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano.

(g) En su Informe Anual de 1993, la CIDH manifestó que la pobreza tiene mayores efectos en los niños y niñas, ya que sus condiciones de vida se ven limitadas por la desnutrición, la enfermedad, la escasa expectativa de vida y la elevada mortalidad infantil que está por debajo de la definición racional de decencia y dignidad humanas. En este sentido, consideró que sin el acceso a servicios básicos de salud la niñez queda atrapada en la lucha diaria por la supervivencia. También subrayó que el acceso a la salud en Estados Unidos no es equitativo en relación con las comunidades negra e hispana frente a la comunidad blanca; a su vez aplaudió la especial atención brindada por Costa Rica a la atención primaria de la salud mediante la puesta en práctica de programas de salud rurales y comunitarios. Y en términos generales, recomendó a los Estados miembros de la OEA adoptar las medidas necesarias para garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de salud.⁷⁴⁰

(h) En su Informe Anual de 2001, la CIDH aplaudió los avances registrados en materia de salud en Cuba y concluyó que los servicios de salud en la forma de atención médica son un derecho a los que tienen acceso todos gratuitamente a cargo del Estado. En este sentido, las numerosas medidas adoptadas han redundado en la extensión del derecho a la salud a todos los sectores de la sociedad; el considerable progreso en la reducción de la tasa de la tasa de mortalidad infantil y el desarrollo saludable de los niños; y el avance en la prevención, tratamiento y control de las enfermedades epidémicas.⁷⁴¹

(i) En su Informe Anual de 2005, la CIDH reiteró su preocupación en relación con un importante número de condenados mayores de 60 años que sufren

⁷⁴⁰ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993*, 11 de febrero de 1994, Capítulo V.

⁷⁴¹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001*, 16 de abril de 2002, Capítulo IV. Cuba.

enfermedades crónicas de tipo visual, renal y cardíaco, sin que el Estado cubano les brindara la atención médica adecuada por su condición; y que debido al prolongado y severo internamiento carcelario, la salud de varias decenas de presos políticos continuaría empeorando de forma alarmante, al punto que varios de ellos han debido permanecer en áreas hospitalarias penales. A su vez, señaló como preocupante que la mujer es particularmente victimizada por las deficiencias en los sistemas de salud en Haití, en donde, la situación general de este sistema es desesperada, “sus hospitales padecen una escasez extrema de personal y equipo y gran parte de la población no cuenta con fondos necesarios para adquirir medicinas de crucial importancia”.⁷⁴²

(j) En su Informe Anual de 2006, la CIDH observó con preocupación la situación de los pueblos indígenas Nukak maku y Makaguaje en Colombia, quienes a consecuencia del conflicto armado fueron reubicados en 20.000 hectáreas de selva; sin embargo, su nuevo lugar de habitación carecía de elementos para su subsistencia y la protección de su salud. También expresó su inquietud por la salud física y mental de José Gabriel Ramón, quien al ser sometido a períodos de aislamiento por 15 meses en una celda de castigo dentro de la Prisión de Jóvenes de Villa Clara en Cuba, sufría alteraciones en su sistema nervioso central, además de otras patologías; en el mismo sentido se manifestó en relación con la gran cantidad de condenados, sobre todo mayores de 60 años que estaban sufriendo enfermedades crónicas sin que se les brindara la atención médica apropiada, y sobre el impedimento estatal a que los familiares de los presos les entregaran los medicamentos requeridos para tratar sus enfermedades y que el Estado no proporcionaba. Finalmente, la CIDH señaló que la violencia contra y entre reclusos en prisiones y otros establecimientos de detención, y la existencia de condiciones en general inapropiadas y de hacinamiento

⁷⁴² CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005*, 27 de febrero de 2006, Capítulo IV. Cuba. Haití.

en esas instituciones, eran condiciones que constituían en muchos casos un riesgo de salud crítico para los reclusos. Además, manifestó que el sistema de salud haitiano en general estaba en un estado calamitoso, “ya que los hospitales padecen grave insuficiencia de personal, no están equipados adecuadamente y gran parte de la población carece de acceso apropiado a servicios médicos”.⁷⁴³

(k) Por último, en el Informe Anual de 2007 la CIDH reiteró el valor que tienen los logros alcanzados en Cuba en materia de reducción de la mortalidad infantil, acceso al agua potable, así como en el ámbito de la salud y del sector alimentario. En el caso del derecho a la salud, señaló que tiene un lugar importante en la estrategia de desarrollo del país, lo cual ha permitido que la tasa de mortalidad infantil sea la más baja de América Latina; que se hayan inmunizado niños y las niñas contra enfermedades transmisibles; y que se hayan eliminado enfermedades prevenibles mediante campañas de vacunación, y reducido la mortalidad derivada de la maternidad.

Por su parte, (a) en su Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador (1978), la CIDH manifestó su preocupación por el significativo número de niños que se encontraban afectados por distintos grados de desnutrición (3 de cada 5 niños) y por la proporción de defunciones durante el primer año de vida que equivalía al 25% del total de las defunciones, elevándose al 50% en menores de 5 años. También subrayó que la esperanza de vida al nacer del salvadoreño era de 58 años y que existían 7 médicos, 3 enfermeras y 17 camas de hospital por cada 100 mil habitantes. Además señaló que el reducido porcentaje de la población con agua potable y conexión a redes de alcantarillado “se refleja en el alto número de enfermedades infecciosas y parasíticas, lo cual resulta en que las enfermedades

⁷⁴³ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006*, 03 de marzo de 2007, Capítulo IV., párr. 39, 67, 70 y 119.

gastrointestinales sean la razón primordial de las muertes en los menores de 5 años”.⁷⁴⁴

(b) En su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití (1979), la CIDH manifestó su preocupación porque la vida promedio en este país figuraba entre las más bajas del hemisferio occidental (52 años); y por el alto porcentaje de mortalidad y morbilidad infantil debido a enfermedades vinculadas con la desnutrición como el paludismo hiperéndemico, la diarrea, la amebiasis, la tuberculosis, la “kwashiorkor”, la avitaminosis, el marasmo, el tétano y la framesia. En este sentido concluyó que deben producirse reformas políticas específicas para que las metas constitucionales relacionadas con el derecho a la salud puedan lograrse.⁷⁴⁵

(c) En su Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala (1981), la CIDH mostró su preocupación por la disminución del gasto social en materia de salud, pese a la urgente necesidad de mejorar el estado de los servicios relativos a este derecho. A su vez, manifestó que la situación de salubridad en el país es en general mala y todavía más crítica en las zonas rurales donde vive sobre todo la población indígena; y que el 50% de los fallecimientos registrados son de niños menores de cinco años, de los cuales más de la mitad son atribuidos a enfermedades intestinales y respiratorias que podían haber sido prevenidas, y a la desnutrición.⁷⁴⁶

⁷⁴⁴ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador*, 17 de noviembre de 1978, Capítulo XI.

⁷⁴⁵ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití*, 13 de septiembre de 1979, Capítulo VIII.

⁷⁴⁶ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala*, 13 de octubre de 1981, Capítulo X.

(d) Finalmente, en su Séptimo informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, la CIDH aplaudió que la tasa de mortalidad haya descendido al nivel más bajo de Latinoamérica y que la esperanza de vida haya aumentado considerablemente. A su vez, destacó positivamente que se hayan erradicado enfermedades como la poliomielitis, la difteria, la malaria, el tétano y el paludismo; todo ello gracias a que el cuidado de la salud en Cuba ha logrado romper con la tradicional vinculación entre morbilidad y mortalidad, y a que se haya puesto mayor énfasis en la medicina preventiva.⁷⁴⁷

En relación con las peticiones que la CIDH ha recibido, (a) el caso 1802 fue uno de los primeros asuntos sometidos a su conocimiento, y en él se denunciaba al Estado de Paraguay por la violación de varios derechos humanos, entre ellos algunos derechos económicos, sociales y culturales. Así, mediante una comunicación transmitida a la CIDH el 01 de marzo de 1974, se denunció que los miembros de la tribu Aché eran objeto de persecución, asesinatos, venta de sus niños y niñas, malos tratos y tortura, negación de atención médica y medicinas durante epidemias, condiciones inhumanas de trabajo y otros hechos tendientes a destruir su cultura.⁷⁴⁸

Hay que destacar que en ese momento Paraguay sólo había firmado la Convención Americana (12 de noviembre de 1969) y ésta ni siquiera había entrado en vigor; a su vez, el Protocolo de San Salvador no había sido elaborado y no existía claridad en relación con la naturaleza de las obligaciones derivadas de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, por lo que el único instrumento aplicable al caso era la Declaración Americana.

⁷⁴⁷ CIDH, *Séptimo informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, 04 de octubre de 1983, Capítulo XIII.

⁷⁴⁸ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977... op. cit.* Caso 1.802 (Paraguay).

Bajo estos parámetros, entre abril y diciembre de 1974 la CIDH solicitó al Gobierno paraguayo información relativa a la denuncia; ante el silencio de dicho Estado ante la solicitud de la CIDH, en su 35° período de sesiones celebrado en mayo de 1975, este órgano adoptó un acuerdo sobre el caso en el cual manifestó su preocupación por la situación de los niños y niñas Aché y por las condiciones de trabajo a que habían sido sometidos un número importante de miembros de esa tribu. Además, solicitó nuevamente al Gobierno de Paraguay que informara sobre los hechos denunciados sin que éste respondiera al respecto. Ante tal situación, la CIDH resolvió presumir como verdaderos los hechos denunciados en virtud del artículo 51.1 de su Reglamento,⁷⁴⁹ y que por lo tanto, tales hechos configuraban gravísimas violaciones, *inter alia*, del derecho a la preservación de la salud y al bienestar, el derecho al trabajo y a una justa retribución (art. XIV), y el derecho al descanso y a su aprovechamiento (arts. XI, XIV y XV de la Declaración Americana, respectivamente). Finalmente, le recomendó al Gobierno paraguayo la adopción medidas enérgicas para proteger de una manera efectiva los derechos de la tribu Aché; le solicitó sancionar, de acuerdo con las leyes nacionales, a los responsables de los hechos denunciados, y comunicar a la CIDH sobre las medidas adoptadas para cumplir con la resolución dentro de un plazo de 60 días; e incluyó tal resolución en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.⁷⁵⁰

(b) El 15 de diciembre de 1980 la CIDH recibió una comunicación en la que se denunciaba *inter alia* la violación del artículo XI de la Declaración Americana referido al derecho a la preservación de la salud y al bienestar de los indios Yanomani por parte de Brasil, ya que desde 1973 se había iniciado la construcción de la autopista

⁷⁴⁹ 1. Se presumirán verdaderos los hechos sobre los cuales se ha solicitado información si en el plazo de ciento ochenta días desde la fecha en que se solicitó la información correspondiente al Gobierno aludido, éste no suministrare la información correspondiente, siempre y cuando la improcedencia de los hechos denunciados no resultare de otros elementos de convicción.

⁷⁵⁰ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977... op. cit.* Caso 1.802 (Paraguay), puntos resolutivos 1-7.

BR.210 (Rodovia Perimetral Norte), provocando que el territorio de los Yanomani fuera invadido por trabajadores de la construcción de la autopista, geólogos, exploradores mineros y colonos deseosos de asentarse en dicho territorio. Tales invasiones se habían llevado a cabo sin que el Gobierno consultara previamente a los habitantes de esas tierras y sin tomar las medidas necesarias para preservar la seguridad y salud de los indios. Como resultado de la falta de estas medidas, se registraron un número considerable de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc. y tampoco se prestó la atención médica indispensable para paliar tales enfermedades. En virtud de lo anterior la CIDH resolvió declarar la existencia de suficientes evidencias para concluir de que en razón de la omisión del Gobierno de Brasil para adoptar oportunas y eficaces medidas en favor de los indios Yanomami se ha producido una situación que ha dado como resultado la violación, en perjuicio de éstos, de varios derechos, entre ellos, el derecho a la preservación de la salud y bienestar, por lo que recomendó que el Estado debía continuar adoptado “medidas sanitarias de carácter preventivo y curativo a fin de proteger la vida y la salud de los indios expuestos a adquirir enfermedades infecto-contagiosas”.⁷⁵¹.

(c) En el caso 11.297, se denunció al Gobierno guatemalteco por la muerte de Juan Hernández Lima quien estaba bajo la custodia del Estado. La víctima había sido detenida por haber cometido “faltas contra las buenas costumbres” y días después de ser recluida en el Centro Preventivo de Detención de la Zona 8, falleció a causa de un edema cerebral y de un ataque de cólera. De acuerdo con la denuncia de los peticionarios, las personas encargadas de la asistencia médica en dicho centro le dieron a la víctima un tratamiento médico insuficiente, y aunque el director en funciones autorizó su traslado a un hospital, el mismo no se realizó. Aunque ni los

⁷⁵¹ CIDH, Resolución N° 12/85, Caso N° 7.615 (Brasil), 05 de marzo de 1985, párr. 10 e), f) y puntos resolutivos 1 y 3 a).

peticionarios ni la CIDH plantearon violaciones autónomas al derecho a la salud, esta última lo incluyó en el análisis de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana referentes a que toda persona privada de libertad tiene derecho a que el Estado le garantice su vida y su integridad personal, y consideró que el Estado guatemalteco “cometió una omisión que violó su deber de garantizar la salud y la vida del Sr. Hernández Lima, si se toma en cuenta que la víctima estaba bajo su custodia, sin la posibilidad de acudir a sus allegados, a un abogado o a un médico particular y que por lo tanto el Estado ejercía un control completo sobre su vida e integridad personal”.⁷⁵².

(d) En el caso 11.427 se denunció que el Sr. Víctor Rosario Congo había fallecido en un centro hospitalario ecuatoriano después de haber llegado en condiciones críticas debido al grado de deshidratación en que estaba; la víctima había estado recluido en un centro de detención para presos comunes y desde el momento de su encarcelamiento había mostrado signos de padecer trastornos mentales, y en vez de que las autoridades correspondientes decidieran trasladarlo a un centro psiquiátrico, fue agredido gravemente por uno de los guardias que lo custodiaban y alojado desnudo en una celda de aislamiento sin recibir atención médica. Dos meses después de su encarcelamiento, la Secretaria Ejecutiva de la Comisión Diocesana de Derechos Humanos solicitó al Juez de la causa que ordenara una evaluación psiquiátrica del sindicado para que fuera declarado inimputable y trasladado a un centro psiquiátrico. En la misma fecha el médico del centro donde estaba recluido sugirió al director del mismo que el Sr. Rosario Congo fuera sometido a valoración psiquiátrica y tratamiento en una casa asistencial especializada. Finalmente, el juez respectivo autorizó trasladar a la víctima al Hospital Psiquiátrico Lorenzo Ponce, sin embargo dicho centro rechazó su admisión, por lo que la víctima tuvo que ser trasladada al Hospital Luis Vernaza donde también fue rechazado. Ante tales

⁷⁵² CIDH, Informe N° 28/96, Caso 11.297, Guatemala, 16 de octubre de 1996, párr. 1-8 y 59,-61.

negativas de admisión, el Sr. Rosario Congo fue llevado al Centro de Rehabilitación Social de Varones de Guayaquil, que lo recibió en estado de salud crítica; por ello, la Dirección Nacional de dicho centro expidió una autorización médica de salida urgente y se ordenó su traslado a la sección de emergencia del Hospital Luis Vernaza, donde finalmente murió.⁷⁵³

Aunque los peticionarios no hicieron alusión directa a las disposiciones normativas que habrían sido violadas, la CIDH, conforme al principio *jura novit curia*, determinó analizar si el Estado había respetado y protegido el derecho a la integridad personal, la vida y la protección judicial, pero no el derecho a la salud. Pese a ello, la CIDH concluyó que el Estado había violado el derecho a la integridad física, psíquica y moral de la víctima al no adoptar las medidas necesarias para resguardarla, sobre todo en el contexto de su vulnerabilidad en el sentido de estar bajo la custodia estatal y padeciendo una enfermedad mental que requería atención médica; a su vez, consideró responsable al Estado por no haber tomado las medidas necesarias para evitar la muerte de la víctima que se encontraba en estado de indefensión en parte debido a su salud y en parte a las lesiones que le ocasionara un agente estatal. En virtud de lo anterior, la CIDH recomendó al Estado brindar atención médico-psiquiátrica a las personas que padecen enfermedades mentales y que se encuentran detenidas en centros penitenciarios, y dotar a éstos de especialistas que estén en condiciones de identificar trastornos psiquiátricos que puedan afectar la vida y la integridad física, psíquica y moral de las personas detenidas.⁷⁵⁴

(e) En el caso 12.053 se denunció que el Estado de Belice había violado *inter alia*, el derecho a la preservación de la salud y el bienestar contenido en el artículo XI de la Declaración Americana, ya que había otorgado numerosas concesiones para la

⁷⁵³ CIDH, Informe N° 63/99, Caso 11.427, Víctor Rosario Congo, Ecuador, 13 de abril de 1999, párr. 6-21.

⁷⁵⁴ *Ibíd.*, párr. 66-68, 84 y 103.

explotación maderera y petrolera que abarcan un total de más de medio millón de acres de tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por las comunidades mayas del distrito de Toledo. Según los denunciantes, alegaron que esas concesiones han causado perjuicios ambientales a las comunidades mayas con sus consecuentes efectos negativos a su salud. Aunque en fecha 05 de octubre de 2000 la CIDH declaró admisible el caso respecto del artículo XI (derecho a la salud),⁷⁵⁵ en el Informe de Fondo N° 40/40 de 12 de octubre de 2004, la CIDH llegó a la conclusión de que el Estado guatemalteco sólo había violado el derecho a la propiedad, el derecho a la igualdad ante la ley, la protección de la ley y la no discriminación, y el derecho a la protección judicial (arts. XXIII, II y XVIII de la Declaración Americana, respectivamente). Y en relación con el derecho a la salud, únicamente reafirmó que las concesiones madereras y petroleras en el Distrito de Toledo al dar lugar a efectos ambientales negativos, violó otros varios derechos consagrados en el derecho internacional en materia de derechos humanos, incluido el derecho a la preservación de la salud y el bienestar, dispuesto en el artículo XI de la Declaración Americana. En este sentido, también concluyó que “el hecho de que el Estado no haya respetado el derecho comunal del pueblo maya a la propiedad de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente, se ha visto exacerbado por el perjuicio ambiental ocasionado por ciertas concesiones madereras otorgadas en relación con esas tierras, lo que, a su vez, ha afectado negativamente a los miembros de esas comunidades”.⁷⁵⁶

(f) El 24 de enero de 2000, la CIDH recibió una petición en la que se denunciaba al Estado de El Salvador por la violación *inter alia*, del derecho a la salud de un grupo de 27 personas viviendo con VIH/SIDA y a quienes el Estado no les suministraba los medicamentos necesarios para impedirles la muerte y mejorar su calidad de vida. En virtud de la gravedad y urgencia de la situación, los peticionarios

⁷⁵⁵ CIDH, Informe N° 78/00, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Maya y sus miembros, Belice, 05 de octubre de 2000, párr. 3, 4, 45 y 46.

⁷⁵⁶ CIDH, Informe 40/04, Fondo. Caso 12.053... *op. cit.*, párr. 154, 193-196.

también solicitaron medidas cautelares a favor de estas personas las cuales fueron otorgadas por la CIDH al iniciar el trámite del caso. Es interesante observar que los peticionarios alegaron la violación del artículo 10 del Protocolo de San Salvador referente al derecho a la salud, pese a que no está comprendido dentro de los derechos que pueden ser objeto de denuncia ante la CIDH y la Corte IDH, también arguyeron la violación del artículo 26 de la Convención Americana y el derecho a la salud definido en el artículo XI de la Declaración Americana. La CIDH concluyó que tenía competencia para conocer el fondo del caso y que la petición era admisible en cuanto se refiere a presuntas violaciones de los derechos protegidos en los artículos 2, 24, 25 y 26 de la Convención Americana. No obstante, en relación con el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, consideró que carecía de competencia aunque tomaría “en consideración las normas referentes al derecho a la salud en su análisis sobre el fondo de este caso, conforme a lo establecido en los artículos 26 y 29 de la Convención Americana”.⁷⁵⁷ En el año 2004, la CIDH emitió el respectivo informe de fondo de carácter confidencial en el que señala la existencia de violaciones y recomienda al Estado adoptar ciertas medidas. Hasta la fecha, las partes han estado intentando llegar a un acuerdo de solución amistosa sobre el cumplimiento de las recomendaciones anteriores, referidas, sobre todo, a que el Estado salvadoreño mantenga la adopción de una política para la atención médica de personas que viven con VIH-SIDA que fue iniciada como medida de cumplimiento de las medidas cautelares.

(g) En una solicitud de medidas cautelares se denunciaba que el beneficiario de las mismas era portador del VIH/SIDA y estaba siendo tratado por el Seguro Social colombiano desde noviembre de 1994. No obstante, en agosto de 2002 quedó desempleado y por lo tanto desvinculado del Seguro Social; a su vez, vivía solo y no

⁷⁵⁷ CIDH, Informe N° 29/01, Caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros, El Salvador, 07 de marzo de 2001, párr. 1, 2, 24, 26, 35, 36 y 47.

recibía rentas de ningún tipo. En vista de que el Estado colombiano ofrece acceso al tratamiento de la enfermedad a través del Seguro Social, el beneficiario quedó automáticamente excluido del programa que ofrecía el tratamiento. La CIDH tomó en cuenta que para la OPS la suspensión de este tratamiento es fatal, por lo que solicitó al Estado colombiano restablecer el suministro de dicho tratamiento, y en respuesta, el Estado adoptó las medidas precisas para incluir al beneficiario en un programa *ad hoc* de acceso al tratamiento antirretroviral.⁷⁵⁸

(h) En septiembre de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de 15 personas portadoras de VIH/SIDA quienes alegaron que habían acudido a los sistemas de salud pública del Estado peruano sin haber obtenido asistencia para la realización de los exámenes necesarios con el fin de determinar el avance de la enfermedad o recibir el tratamiento antirretroviral necesario para hacer posible su supervivencia. La CIDH solicitó al Perú que por intermedio de las autoridades competentes se adoptaran las medidas necesarias para establecer el avance de la enfermedad y el tratamiento necesario conforme a los estándares internacionales establecidos por la OPS. En su respuesta el Estado indicó que no obstante la magnitud del problema, no contaba con una política destinada a proporcionar acceso universal al tratamiento antirretroviral para los portadores de la enfermedad pero que a partir de septiembre de 2002 se había implementado un programa especial para atender a niños infectados con el virus con una meta estimada de 150 pacientes bajo tratamiento, así como programas de capacitación para funcionarios del sector de salud encargados de la atención de enfermos adultos.⁷⁵⁹

(i) En otro caso relativo a 8 supervivientes de una masacre en Guerrero, México, la CIDH otorgó medidas cautelares en su favor en el sentido de que se les

⁷⁵⁸ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002*, 07 de marzo de 2003. Capítulo III. C. 1. Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión, párr. 42.

⁷⁵⁹ *Ibíd.*, párr. 87.

brindara atención médica de urgencia por lesiones físicas y psicológicas. El Estado mexicano informó a la CIDH que las medidas adoptadas consistían en garantizar la seguridad de los beneficiarios para que pudieran tener acceso a los centros de salud, el pago de gastos de traslado y alimentación para los pacientes, tratamiento especializado, medicamentos y aparatos según las necesidades médicas.⁷⁶⁰

(j) En abril de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de una persona privada de libertad que había sido diagnosticado con una afección de próstata y que estaba recibiendo la atención médica necesaria hasta que lo trasladaron a otra prisión en donde su tratamiento fue interrumpido, por lo que su estado de salud había empeorado. La CIDH solicitó al Estado peruano realizar un examen médico al beneficiario, incluyendo diagnóstico, pronóstico y tratamiento recomendado para su enfermedad, y proporcionar el tratamiento indicado por el resultado de dicho examen. Gracias a ello se logró que se le facilitara la atención médica requerida y las visitas de sus familiares.⁷⁶¹

(k) En la Petición 0322/2001 se denunciaba que los miembros de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya del Pueblo Enxet se encontraban viviendo en condiciones inhumanas, lo que ha implicado que varias personas, incluidos menores de edad, hayan muerto por falta de alimentos adecuados y falta de atención médica. En este sentido, se señaló que las epidemias y la desnutrición eran males recurrentes y de efectos mortales, registrándose más de diez muertes por enfermedades curables entre niños y ancianos desde 1995 hasta la fecha de la petición, y que a comienzos del año 2001 fallecieron tres menores de edad por problemas gastrointestinales, producto de las condiciones de vida y la falta de atención médica. Pese a estas situaciones

⁷⁶⁰ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001*, 16 de abril de 2002. Capítulo III. C. 1. Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión, párr. 44.

⁷⁶¹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002... op. cit.*, párr. 86.

relacionadas con el derecho a la salud, los peticionarios no alegaron la violación del artículo XI de la Declaración Americana y del artículo 26 del Pacto de San José.⁷⁶²

(1) En la Petición 12.191, los denunciantes argumentaban que el Estado peruano había violado el derecho a la salud contenido en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador de la señora María Mamérita Mestanza, al ser sometida de manera forzada a un procedimiento quirúrgico de esterilización que finalmente le ocasionó la muerte. Dicha esterilización se realizó en el marco de una política gubernamental de carácter masivo, compulsivo y sistemático, que enfatizó la esterilización como método para modificar rápidamente el comportamiento reproductivo de la población, especialmente de mujeres pobres, indígenas y de zonas rurales. Los denunciantes argumentaron que la señora Mestanza fue coaccionada para otorgar su consentimiento con el fin de hacerle una operación de ligadura de trompas. Tal operación fue realizada en un hospital público y sin haberle efectuado previamente los exámenes médicos respectivos. La paciente fue dada de alta al día siguiente de la operación pese a que padecía vómitos y fuertes dolores de cabeza. En los días posteriores su esposo informó varias veces sobre ello al personal del Centro de Salud de La Encañada y únicamente le respondían que era normal por los efectos post operatorios de la anestesia. Sin embargo, tiempo después la víctima falleció en su casa.⁷⁶³

El Estado y los peticionarios acordaron una solución amistosa avalada por la CIDH, y el Gobierno peruano se comprometió a brindar al esposo e hijos de la Sra. Mestanza Chávez un seguro permanente de salud a través del Ministerio de Salud o de la entidad competente, a realizar las modificaciones legislativas y de políticas

⁷⁶² CIDH, *Informe N° 12/03, Petición 0322/2001*, Admisibilidad, Comunidad Indígena Sawhoyamaya del Pueblo Enxet, Paraguay, 20 de febrero de 2003, párr. 2, 15, 23, 55 y 57.

⁷⁶³ CIDH, *Informe N° 71/03, Petición 12.191*, Solución amistosa, María Mamérita Mestanza Chávez, Perú, 10 de octubre de 2003, párr. 1, 2, 9-11.

públicas sobre los temas de Salud Reproductiva y Planificación Familiar, eliminando de su contenido cualquier enfoque discriminatorio y respetando la autonomía de las mujeres, y a adoptar e implementar las recomendaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo respecto de las políticas públicas sobre Salud Reproductiva y Planificación Familiar, entre las que podemos destacar el desarrollo permanente de cursos de capacitación calificada, para el personal de salud, en derechos reproductivos, violencia contra la mujer, violencia familiar, derechos humanos y equidad de género, en coordinación con organizaciones de la sociedad civil especializadas en éstos temas, y la garantía de que los centros donde se realizan intervenciones quirúrgicas de esterilización tengan las condiciones adecuadas y exigidas por las normas del Programa de Planificación Familiar.⁷⁶⁴

(m) En el caso 10.301 la CIDH conoció el fondo de una denuncia presentada ante ella el 08 de febrero de 1989 en la que se pedía su intervención urgente para preservar la salud y seguridad ciertos detenidos que habían sobrevivido a la represión estatal de un intento de motín en las celdas de un Distrito de Policía de São Paulo. De acuerdo con los denunciantes, cerca de cincuenta detenidos fueron encerrados en una celda de aislamiento de un metro por tres en la que se arrojaron gases lacrimógenos, con un saldo de dieciocho detenidos muertos por asfixia y doce hospitalizados. En este sentido, la CIDH consideró que tales actos afectaron la salud física, psíquica y moral de los detenidos e ignoraron los derechos humanos de las víctimas que murieron o salieron de la celda de castigo cubiertos de orina, heces y vómito debido a los efectos de los gases y a la falta de ventilación.⁷⁶⁵ Pese a las diversas menciones sobre el derecho a la salud, ni los peticionarios ni la CIDH consideraron la violación de este derecho de manera autónoma.

⁷⁶⁴ *Ibíd.*, Décimo Primera: Modificaciones legislativas y de políticas públicas sobre salud reproductiva y planificación familiar.

⁷⁶⁵ CIDH, *Informe N° 40/03, Caso 10.301*, Fondo, 42° Distrito Policial, Parque São Lucas, São Paulo, Brasil, 8 de octubre de 2003, párrafos 1, 52 y 54.

(n) En la Petición 167/03, se denunció al Estado ecuatoriano por la violación *inter alia* del derecho a la salud y a la cultura contenidos en el artículo 26 del Pacto de San José, en concordancia con los artículos XI y XIII de la Declaración Americana, ya que dicho Estado es responsable de una serie de actos y omisiones en perjuicio del pueblo kichwa de Sarayaku en el sentido de permitir que una empresa petrolera realizara actividades en su territorio ancestral sin su consentimiento. En Fecha 13 del mes de octubre de 2004, la CIDH declaró admisible el presente caso con relación a varios artículos, entre ellos, el artículo 26 de la Convención Americana relativo a los derechos económicos, sociales y culturales.⁷⁶⁶ Aunque la admisibilidad no implica prejuzgar sobre el fondo del asunto, es importante que al menos en esta etapa la CIDH haya admitido el caso en relación con el artículo 26, pues independientemente de la resolución del fondo, parece sugerir que este órgano interamericano considera que el derecho a la salud está incluido en el artículo 26.

(ñ) Finalmente, en un caso importantísimo para la protección del derecho a la salud, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de los pacientes del Hospital Neurosiquiátrico en Paraguay, ya que las condiciones sanitarias y de seguridad en el mismo eran inhumanas y degradantes, y representaban una amenaza a la integridad física, mental y moral de los internos. En vista del riesgo para los beneficiarios, la CIDH solicitó al Estado paraguayo adoptar todas las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad física, mental y moral de los más de 458 pacientes internados en dicho centro hospitalario, incluyendo la elaboración de un diagnóstico médico de su situación, con especial atención a la situación de mujeres y niños. En respuesta el Estado paraguayo informó que el 31 de diciembre de 2003 el Presidente de la República y el Ministro de Salud Pública y Bienestar Social habían visitado el

⁷⁶⁶ CIDH, *Informe N° 62/04. Petición 167/03. Admisibilidad. Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros, Ecuador, 13 de octubre de 2004, párr. 2 y punto resolutivo 1.*

hospital para enterarse de la situación, tras de la cual procedieron a intervenirlo, reemplazar a su director e iniciar un proceso de auditoría.⁷⁶⁷

Por su parte, (a) la Corte IDH mediante su competencia consultiva ha insistido en la importancia del derecho a la salud, sobre todo de los sectores más vulnerables de la sociedad entre los que se encuentra la niñez, que debe gozar de una protección especial y disponer de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal. En este sentido, la familia, al ser la primera responsable de la protección de los niños y niñas, debe asumir su autoridad de forma tal que no implique ejercer un control arbitrario sobre ellos, al punto de poder provocar algún daño para su salud y desarrollo. Por tanto, el cuidado de la salud de la niñez supone diversas medidas de protección y constituye uno de los pilares fundamentales para garantizarles el disfrute de una vida digna.⁷⁶⁸

(b) A través de su competencia contenciosa, la Corte IDH conoció el caso del Instituto de Reeducción del Menor, el cual representaba el mantenimiento de un sistema de detención contrario a todos los estándares internacionales relativos a la privación de libertad de niños, debido a las condiciones inadecuadas bajo las cuales estaban reclusos, tales como, sobrepoblación, hacinamiento, insalubridad, falta de infraestructura adecuada, así como guardias carcelarios insuficientes y sin capacitación adecuada. En medio de este panorama ocurrieron tres incendios en dicho centro, resultando varios de los internos muertos y heridos. En el análisis del asunto, la Corte IDH señaló que las que las condiciones de detención inhumanas y degradantes a que se vieron expuestos los internos conllevaron necesariamente una afectación en su salud mental, repercutiendo desfavorablemente en el desarrollo psíquico de su vida e integridad personal, ya que ni siquiera tenían atención médica,

⁷⁶⁷ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003*, 29 de diciembre de 2003. Capítulo III. C. 1. Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión, párr. 63.

⁷⁶⁸ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos del niño... op. cit.*, párr. 57, 76 y 86.

dental y psicológica adecuada y oportuna. Por tanto, al demostrarse que los niños internos en dicho centro no tuvieron la atención de salud adecuada que se exige para cualquier persona privada de libertad y tampoco fueron objeto de supervisión médica regular para asegurarles un desarrollo normal, esencial para su futuro, el Estado era responsable por la violación del derecho a la integridad personal y los derechos de los niños de todos los internos (arts. 5 y 19 de la Convención Americana, respectivamente).⁷⁶⁹

Para la Corte IDH, el Estado debía reparar los daños producidos mediante el cumplimiento de la obligación de brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento psicológico a las personas que lo requieran en relación con este caso, así como el tratamiento médico que precisan los ex internos heridos en los incendios incluyendo, *inter alia*, los medicamentos y las operaciones quirúrgicas que puedan ser necesarias. También determinó que el Estado al proveer el tratamiento psicológico debe considerar las circunstancias particulares de cada persona, las necesidades de cada una de ellas, de manera que se les brinden tratamientos colectivos, familiares e individuales, según lo que se acuerde con ellas y después de una evaluación individual. Y finalmente, que el Estado debía realizar las acciones necesarias para asignar los recursos suficientes con el fin de crear programas médicos y psicológicos integrales para todos los niños privados de libertad.⁷⁷⁰

(c) En el caso de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa, se denunció al Estado paraguay por no haber garantizado el derecho propiedad ancestral de dicha comunidad, lo cual ha significado la imposibilidad de que puedan acceder a la propiedad y posesión de sus tierras y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua su

⁷⁶⁹ Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducción del Menor"... *op. cit.*, párr. 166, 168, 173.

⁷⁷⁰ *Ibíd.*, párr. 319.

supervivencia e integridad. Aunque no se alegó en la demanda la violación autónoma del derecho a la salud, la Corte IDH estableció en su sentencia como forma de reparación, que el Estado debía establecer un puesto de salud, la provisión de agua potable, servicio sanitario y atención médica a favor de los miembros de la Comunidad. A su vez, decidió que mientras los miembros de la Comunidad se encuentren sin tierras, el Estado debía suministrarles agua potable suficiente para el consumo y aseo personal; brindarles revisión y atención médica, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres, acompañado de la realización periódica de campañas de vacunación y desparasitación, que respeten sus usos y costumbres; y entregar alimentos en calidad y cantidad suficientes; crear letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado en los asentamientos de la Comunidad. Finalmente, la Corte IDH consideró que dadas las dificultades que los miembros de la Comunidad tienen para acceder a los centros de salud, el Estado debía establecer en los asentamientos Santa Elisa y Kilómetro 16 de la Comunidad Sawhoyamaya un sistema de comunicación que permita a las víctimas contactarse con las autoridades de salud competentes, para la atención de casos de emergencia; y de ser necesario, el Estado proveería el transporte.⁷⁷¹

(d) En el caso de la Comunidad Yakye Axa, se denunció al Estado de Paraguay por las mismas situaciones del caso anterior, es decir, que al no garantizar a estas personas su derecho de propiedad ancestral, se les había imposibilitado a acceder a la propiedad y posesión de su territorio, y en consecuencia, habían sido orillados a vivir en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua su supervivencia. El hecho de que esta comunidad no pudiera acceder a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran, afectaba el derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, al derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia, lo cual impacta de manera

⁷⁷¹ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya...* op. cit., párr. 229-230 y 232.

aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. Aunque la Corte IDH reconoció y valoró positivamente las iniciativas tomadas por el Paraguay para proporcionar alimento, atención médico-sanitaria y materiales educativos a los miembros de la Comunidad Yakye Axa, consideró que tales medidas no habían sido suficientes ni adecuadas para revertir su situación de vulnerabilidad.⁷⁷²

Por otro lado, la Corte IDH consideró que las personas de edad avanzada requerían atención especial, razón por la cual el Estado debía adoptar medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía garantizando el derecho a una alimentación adecuada acceso a agua limpia y a atención de salud. En particular, el Estado debía atender a los ancianos con enfermedades crónicas y en fase terminal, ahorrándoles sufrimientos evitables. Teniendo en cuenta las razones anteriores, y aunque la Corte IDH tampoco consideró la violación autónoma del derecho a la salud, estableció que el Estado debía crear un programa y un fondo de desarrollo comunitario que serían implementados en las tierras de la Comunidad indígena, los cuales consistirían en el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria, y en la asignación de US \$950.000,00 (novecientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) para implementar proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud en beneficio de los miembros de dicha Comunidad.⁷⁷³

(e) En el caso de la Comunidad Moiwana, se denunció al Estado de Suriname por los hechos ocurridos el 29 de noviembre de 1986 en el que miembros de las fuerzas armadas atacaron y arrasaron la comunidad, masacrando a más de 40 hombres, mujeres y niños. Las personas que lograron escapar huyeron a los bosques

⁷⁷² Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa...* *op. cit.*, párr. 167 y 169.

⁷⁷³ *Ibíd.*, párr. 175 y 205.

circundantes, y después fueron exiliados o internamente desplazados de sus tierras, sin que hasta el momento de la denuncia hayan podido retornar a su estilo de vida tradicional. Aunque tampoco en este caso se consideró la violación del derecho a la salud, la Corte IDH consideró que como medida de reparación, el Estado debía crear un fondo de desarrollo por el monto US \$1,200,000.00 (un millón doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América), que sería destinado a programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad.⁷⁷⁴

(f) En el caso *Montero Aranguren* se denunció al Estado de Venezuela por la ejecución extrajudicial de 37 reclusos del Retén de Catia, hechos que sucedieron cuando los guardias del centro penitenciario y tropas del Comando Regional 5 de la Guardia Nacional y de la Policía Metropolitana intervinieron masivamente, con uso desproporcionado de la fuerza y disparando indiscriminadamente a la población reclusa, quienes además vivían en condiciones de detención inhumanas. La Corte IDH consideró que la falta de atención médica no satisface los requisitos materiales de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del artículo 5 del Protocolo de San José, y por ello, el Estado tiene el deber de proporcionar a las personas detenidas revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. En su sentencia, la Corte IDH resolvió que el Estado debía asegurar que toda persona privada de su libertad viva en condiciones compatibles con su dignidad humana, entre las que se encuentren, *inter alia*, la atención en salud adecuada, oportuna y suficiente.⁷⁷⁵

(g) En el caso del Penal Miguel Castro, se denunció que en el marco de la ejecución del “Operativo Mudanza I” dentro del penal, el Estado peruano produjo la

⁷⁷⁴ Corte IDH, *Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 214.

⁷⁷⁵ Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 05 de julio de 2006, párr. 102 y 146. En el mismo sentido se manifestó el tribunal interamericano en los casos *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2005; *De la Cruz Flores vs. Perú*, Sentencia de 18 de noviembre de 2004; *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

muerte de al menos 42 internos, hirió a 175 y sometió a trato cruel, inhumano y degradante a otros 322, actos que continuaron incluso con posterioridad al referido operativo. Nuevamente, aunque la Corte IDH no se refirió al derecho a la salud de manera autónoma, estableció que el Estado está en la obligación de proporcionar a las personas bajo su custodia de la atención y tratamientos médicos adecuados cuando sean necesarios, especialmente si se trata de personas heridas en un centro de detención estatal y mediante la acción de los agentes de seguridad. En este sentido, consideró que la falta de atención médica adecuada ocasionó sufrimiento psicológico y físico adicional, y que las lesiones al no ser adecuadamente atendidas, dieron lugar a padecimientos crónicos. Por tanto, entre las medidas que el Estado debía adoptar a fin de contribuir a la reparación de los daños físicos y psicológicos de las víctimas, la Corte IDH dispuso que el Estado tenía la obligación de “brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por las víctimas y los familiares, incluyendo los medicamentos que éstos requieran, tomando en consideración los padecimientos de cada uno de ellos después de una evaluación individual”.⁷⁷⁶

(h) En un caso contra Brasil, se denunció el fallecimiento del Sr. Damião Ximenes Lopes, quien había sido internado para recibir tratamiento médico en un centro de atención psiquiátrica privado que operaba dentro del marco del sistema público de salud del Brasil. También se denunció que durante los 3 días de su internamiento antes de su muerte, estuvo hospitalizado en condiciones inhumanas y degradantes, y que fue golpeado y atacado en su integridad personal por parte de los funcionarios de dicho centro. Aunque la Corte IDH no examinó el derecho a la salud de manera autónoma, estableció que en relación “con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección

⁷⁷⁶ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 302 y 449.

está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte consideró que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado".⁷⁷⁷

En esa línea, también consideró que los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales, razón por la cual tienen la obligación de adoptar las medidas positivas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición. Bajo estas circunstancias, la atención de salud mental debe estar disponible a toda persona que la necesite y su tratamiento debe estar dirigido a su mejor interés, siempre con el objetivo de preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, y en definitiva, mejorar su calidad de vida. Evidentemente, la prestación de atención médica debe ser eficaz, lo cual implica garantizar el acceso de las personas a servicios de salud básicos, la promoción de la salud mental, la prestación de servicios de esta naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales.⁷⁷⁸

⁷⁷⁷ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes...* *op. cit.*, párr. 89

⁷⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 104, 109 y 128-130.

(i) En el caso *Cesti Hurtado vs. Perú*, la Corte IDH ordenó al Estado brindar de manera urgente el tratamiento médico apropiado a un detenido que padecía dolencias cardíacas con el fin de preservar su integridad física, psicológica y moral;⁷⁷⁹ a su vez, estableció que aunque el detenido no haya desmejorado en su salud, era oportuno que un médico de su elección pudiera hacerle los exámenes necesarios para preservar su integridad física y psíquica.⁷⁸⁰

2.4.1.2. El derecho a la educación.

El derecho a la educación también se encuentra reconocido en la Declaración Americana, en el Protocolo de San Salvador y en el artículo 26 de la Convención Americana vía referencia a las normas pertinentes de la Carta de la OEA. Así, el artículo XII de la Declaración Americana señala que “[t]oda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas. Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad. El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado. Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.”

Por su parte, el Protocolo de San Salvador en su artículo 13 reconoce que

1. Toda persona tiene derecho a la educación.

⁷⁷⁹ Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 1997. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República del Perú, Considerando 7.

⁷⁸⁰ Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de enero de 1998. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República del Perú, Considerando 6.

2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse

hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno

ejercicio del derecho a la educación:

a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger

el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los

principios

enunciados precedentemente.

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

Y finalmente, el derecho a la educación se infiere de los artículos salud mediante su derivación de los artículos 34 literal *h*), art. 45 literales *b*) y *c*), 47, 48, 49 literal *a*) y 50 de la Carta de la OEA, los cuales establecen, en su orden, la erradicación del analfabetismo; la extensión progresiva de la educación media y superior; el estímulo de la educación; la satisfacción de las necesidades educacionales, y la preservación del patrimonio cultural de los pueblos; la gratuidad y obligatoriedad de la educación primaria para la población en edad escolar; y la ampliación universal de las oportunidades educativas.

Es importante recordar que en virtud del numeral 6) del artículo 19 del Protocolo de San Salvador, cuando este derecho sea objeto de alguna transgresión imputable directamente a un Estado Parte del Protocolo, las víctimas podrían hacer uso del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 al 51 y 61 al 69 de la Convención Americana, en el sentido de denunciar los hechos violatorios ante la CIDH, y si se da el caso, ante la Corte IDH.

(a) En el marco de sus informes anuales, la CIDH aplaudió en su Informe Anual de 1971 las medidas tomadas por algunos Estados americanos para garantizar el derecho a la educación, tales como la modificación legal para que durante el curso escolar las horas laborales no excedieran de 7 horas (Argentina); la constitucionalización del derecho a una educación democrática y pluralista, la libertad de enseñanza, la obligatoriedad de la educación básica y la aportación económica estatal que garantice el financiamiento de la educación privada, siempre

que sea gratuita y no persiga fines de lucro (Chile); y la extensión de programas de asistencia a la educación elemental y secundaria, y la creación de nuevos programas sobre educación de niños incapacitados (Estados Unidos).⁷⁸¹

(b) En su Informe Anual de 1973, la CIDH también aplaudió las medidas tomadas por diferentes gobiernos en beneficio del derecho a la educación, tales como, la reglamentación de la educación para mejorar la calidad de los productos del proceso enseñanza-aprendizaje y la extensión de los beneficios de la escuela básica a todos los niños en edad escolar, y la mejora de la calidad de la educación pública (Bolivia); la concesión de ayuda técnica y financiera a entidades particulares de enseñanza con el objeto promover los cursos de actualización y perfeccionamiento para personal docente y técnico, así como orientar el planeamiento escolar con miras a una mayor eficiencia y rentabilidad de los recursos materiales y humanos de la escuela (Brasil); la reforma constitucional para garantizar que la educación básica, la preescolar y la diversificada sean obligatoria y costeadas por el Estado, así como la promoción de estudios superiores a las personas que carezcan de recursos pecuniarios (Costa Rica); el establecimiento del Fondo de Préstamos al Estudiante para facilitárselos a estudiantes interesados en seguir ciertos cursos en instituciones educativas (Trinidad y Tobago); el reconocimiento de la educación como un servicio público fundamental que cumple una función social permanente hasta la plena alfabetización de todos, y por tanto, de carácter obligatorio, común y general en el nivel básico, y hasta tres años mínimos de la educación secundaria (Uruguay).⁷⁸²

(c) En su Informe Anual de 1979-1980, la CIDH reiteró la obligación estatal de procurar la realización de las aspiraciones sociales y económicas de su pueblo,

⁷⁸¹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1971*, 6 de marzo de 1972, Parte I. 9.

⁷⁸² CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1973*, 14 de febrero de 1974, Parte I. 6.

siguiendo un orden que dé prioridad a las necesidades básicas de salud, nutrición y educación. Por tanto, para la CIDH, el derecho a la educación es un “derecho de supervivencia” y una “necesidad básica” De esta forma, el grado de alfabetismo alcanzado por un país constituye un indicador fundamental para medir el bienestar de su población y para evaluar el progreso hacia niveles más altos de bienestar económico y social.⁷⁸³

(d) En su Informe Anual de 1984-1985, la CIDH consideró que el derecho a la educación forma parte del núcleo de derechos fundamentales, el cual está íntimamente ligado al derecho a la participación en la vida cultural, al derecho a gozar de los resultados de la creación artística o intelectual y a la libertad de educación.⁷⁸⁴ (e) En el Informe Anual de 1992-1993, la CIDH reconoció que la difícil situación económica que enfrentan la mayoría de países de América los ha orillado a realizar reestructuraciones en sus economías que han creado costos sociales que se traducen en la disminución del gasto en rubros tan importantes como la educación; como consecuencia, las tasas de analfabetismo son mayores y se agudiza el hecho de que el derecho a la educación sigue siendo un derecho que no es compartido por la gran mayoría de los pobladores del hemisferio.⁷⁸⁵

(f) En su Informe Anual de 1993, la CIDH expresó su preocupación por las grandes diferencias de ingresos en varios países americanos, lo cual se ha traducido en un acceso no equitativo a la educación. En este sentido, recomendó que los Estados debieran adoptar todas las medidas que fueran necesarias para garantizar a todas las personas el ejercicio del derecho a la educación, para lo cual es necesario

⁷⁸³ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980*, 2 de 1980, Capítulo VI.

⁷⁸⁴ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985*, 28 de septiembre de 1984, Capítulo V. II.

⁷⁸⁵ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993*, 12 de marzo de 1993, Capítulo V. III.

que reformen sus estructuras básicas económicas y políticas que inhiben el desarrollo de dicho ejercicio.⁷⁸⁶

(f) En sus Informes Anuales de 1997 y de 1998 la CIDH recomendó a los Estados miembros de la OEA tomar medidas concretas para que los niños y niñas sujetas a su jurisdicción tengan acceso a la educación primaria, gratuita y obligatoria, así como a la educación secundaria que, donde aún no lo esté, debiera estar progresivamente al alcance de todos también en forma gratuita.⁷⁸⁷ (g) Por último, en el Informe Anual de 2001, la CIDH reafirmó que en virtud de la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos, una persona que no recibe adecuado acceso a la educación puede ver restringida su posibilidad de participación política o su derecho a la libertad de expresión.

Por su parte, (a) en su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití (1979), la CIDH señaló que el pleno desarrollo de derechos como a la educación está seriamente limitado en el país, debido a una serie de factores políticos e históricos restrictivos que exacerban los problemas creados por condiciones de absoluta pobreza. Pese a que la Constitución haitiana establece como meta la educación libre y obligatoria en las escuelas primarias, como medio para reducir el analfabetismo, el 76.7% de la población es analfabeta, siendo uno de los más elevados en el hemisferio, el 85.5% no había recibido instrucción escolar en 1971 y sólo el 4% había terminado la escuela primaria. Por tanto, “las leyes de educación obligatoria de

⁷⁸⁶ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993*, 11 de febrero de 1994, Capítulo V. VI. Recomendaciones.

⁷⁸⁷ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, 17 de febrero de 1998, Capítulo VII. 5; *Íd.*, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998*, 16 de abril de 1999, Capítulo VII. 5.

Haití tienen poco más que un interés académico ya que, con frecuencia, no hay escuelas adecuadas, a una distancia razonable, en las zonas rurales”.⁷⁸⁸

(b) En su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua (1981), la CIDH aplaudió la importancia atribuida a la educación por el nuevo Gobierno mediante la designación oficial de 1980 como “Año de la Alfabetización” y por la impresionante campaña de alfabetización iniciada el 24 de marzo de 1980 con el objeto de enseñar a cada nicaragüense a leer y escribir, y, en consecuencia, tratar de incorporarlo al proceso económico y social. Además, alabó la adopción de varias medidas en la materia, tales como, el establecimiento de la educación gratuita y obligatoria, la reducción de un 90% de la matrícula de registro en la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, la supervisión y regulación de precios de los libros y materiales escolares, la producción y mercadeo de textos básicos para su suministro gratuita, la regulación del costo de la matrícula de las escuelas privadas, la expansión de los servicios educativos, la reducción del analfabetismo en una 50% en un período de 5 meses mediante una cruzada de alfabetización. La CIDH consideró que los aspectos más importantes de todos estos cambios son la campaña de alfabetización, el cambio de énfasis de la educación urbana hacia la población rural, de la educación universitaria hacia la educación primaria y secundaria, y de la educación académica a la preparación vocacional.⁷⁸⁹

(c) En el Séptimo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba (1983), la CIDH consideró que cualquier esfuerzo para proporcionar una educación debe comenzar con el problema de la alfabetización ya que la población debe tener, en primer lugar, la posibilidad concreta de aprender a leer y escribir. Por ende, el

⁷⁸⁸ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití*, 13 de septiembre de 1979, Capítulo VIII.

⁷⁸⁹ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Nicaragua*, 30 de junio de 1981, Capítulo IX.

nivel de alfabetización es un índice del potencial que un pueblo tiene para su futuro desarrollo educativo. En este sentido, la CIDH aplaudió que para entonces la enseñanza primaria en Cuba era gratuita y prácticamente universal, siendo obligatoria hasta el 9º grado para los niños; y que en términos generales la expansión educativa había permitido un notable progreso en la materia desde 1959. La CIDH resaltó que la educación técnica, vocacional y universitaria alcanzara más que nunca a una mayor parte de la población y que los resultados en relación con la educación para adultos había dado numerosos resultados positivos. Además, destacó que la dificultad económica no es obstáculo determinante para asistir a la escuela, que la clase social, la raza o el sexo parecen jugar un papel en el acceso a la educación y que a pesar de que el lugar de residencia todavía conspira en contra de la población rural, la tendencia es hacia una mayor igualdad entre las áreas urbanas y rurales. Finalmente, señaló que “la discriminación educativa por razones políticas y aún religiosas es un hecho que se mantiene y que debe ser enfáticamente condenado”.⁷⁹⁰

(d) En su Informe sobre los derechos humanos en México (1998), la CIDH valoró los esfuerzos de México en el área educativa, sin embargo mostró su preocupación en relación con el aumento del número de niños que empiezan a trabajar más temprano, lo cual podría llevar a que un importante porcentaje de jóvenes mexicanos carezca de oportunidades de progreso, y que se encuentren frente a una situación propicia al delito y la violencia, empeorando la situación de los derechos humanos.⁷⁹¹ (e) En el Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana (1999), la CIDH manifestó su preocupación por los graves problemas que enfrenta la educación en el país, lo cual ha incidido en el alto índice

⁷⁹⁰ CIDH, *Séptimo informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, 34 de octubre de 1983, Capítulo XIV.

⁷⁹¹ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*, 24 de septiembre de 1998, Capítulo VIII.

de analfabetismo y en el aumento de la deserción de menores de las aulas de clase para convertirse en entes productivos.⁷⁹²

(f) Finalmente, en su Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (2001), la CIDH señaló que en la historia del país la educación nunca ha sido un área prioritaria de preocupación para el Estado, lo cual se evidencia en que los ingresos del PIB destinado a educación siempre fueron mínimos y los más bajos en la región centroamericana, y a que Guatemala tenga la segunda tasa más alta de analfabetismo de América Latina, sólo superada por Haití; a su vez, el acceso a la educación se ha caracterizado por ser excluyente para los sectores más pobres de la sociedad y en las áreas rurales. Por ello, la CIDH consideró que para resolver los problemas de educación, era imperativo aumentar significativamente los recursos anuales para tal fin, y hacer el máximo de esfuerzos para ampliar la cobertura en educación, pues ésta es la herramienta fundamental para el desarrollo sostenible del país.⁷⁹³

En relación con asuntos sometidos a la competencia contenciosa de la CIDH, (a) se presentó un caso de una estudiante que fue expulsada de un colegio privado por haber quedado embarazada. De acuerdo con los hechos probados ante dicho órgano interamericano, Mónica Carabantes Gallegillos ingresó en marzo de 1992 al 5º año de educación básica del colegio “Andrés Bello”. En febrero de 1997, la víctima conoció su estado de embarazo por lo que sus padres informaron personalmente sobre de la situación al director del colegio quien les prometió brindarles todas las facilidades del caso. No obstante, el 15 de julio del mismo año, el director les informó que la víctima podía terminar el año escolar en curso pero que no se le renovarían su

⁷⁹² CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana*, 07 de octubre de 1999, Capítulo XI.

⁷⁹³ CIDH, *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, 06 de abril de 2001, Capítulo III. D.

matrícula escolar para el siguiente año en virtud de las disposiciones reglamentarias internas; además, fue expulsada durante un examen por haberse presentado con siete meses de embarazo. Los padres de la víctima agotaron todos los recursos internos para exigir el respeto de los derechos de su hija; en este sentido acudieron ante la Oficina Regional del Ministerio de Educación para que adoptara las medidas correspondientes, presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de La Serena a fin de que el tribunal estableciera la privación y perturbación arbitraria e ilegal del derecho constitucional a la igualdad; sin embargo, la Corte falló unánimemente rechazar tal recurso por considerar que los actos del director del colegio eran lícitos, lo cual fue confirmado por un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Chile del 18 de febrero de 1998.⁷⁹⁴

Aunque en el caso no se denuncia la violación del derecho a la educación como tal, la solución del caso incide plenamente en el acceso a este derecho en igualdad de condiciones; como resultado del proceso ante el Sistema Interamericano, el Estado chileno propuso una solución amistosa que fue aceptada por la peticionaria y aprobada por la CIDH, la cual, entre otras cosas, contemplaba beneficiar con una beca especial a la víctima mientras curse la educación superior, dar publicidad a las medidas reparatorias y reconocer oficialmente que la no renovación de la matrícula y la expulsión de la víctima por el solo hecho de encontrarse embarazada habían constituido una violación de los derechos consagrados en la Convención Americana, y finalmente, la difusión de la legislación que modificaba la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, que contiene normas sobre el derecho de las estudiantes embarazadas o madres lactantes de acceder a los establecimientos educacionales.⁷⁹⁵

⁷⁹⁴ CIDH, *Informe N° 32/02, Petición 12.046*, Solución amistosa, Mónica Carabantes Galleguillos, Chile, 12 de marzo de 2002, párr. 1, 8-11, 14, 16 y 20.

⁷⁹⁵ *Ibíd.*, párr. 14, 16 y 20.

(b) En la Petición 12.328, se denunció al Estado brasileño por la violación del derecho a la integridad personal, el derecho a la protección especial de la infancia, el derecho a las garantías judiciales y el derecho a un recurso judicial (artículos 4, 5, 19, 8 y 25 de la Convención Americana, respectivamente), y la violación del artículo 13 del Protocolo de San Salvador, referente al derecho a la educación, en perjuicio de los adolescentes acusados de cometer infracciones penales, en custodia en las unidades de la Fundación de Bienestar del Menor (FEBEM), en el Estado de São Paulo. Aunque la CIDH no prejuzgó sobre el mérito de la denuncia, es destacable que declaró admisible la petición individual en relación con la violación del artículo 19 de la CADH relativo a los derechos del niño, y del artículo 13 del Protocolo de San Salvador sobre el derecho a la educación, en perjuicio de los adolescentes acusados de cometer en cuestión.⁷⁹⁶

El 17 de noviembre de 2005, la Corte IDH adoptó medidas provisionales para proteger la vida y la integridad personal de los adolescentes que se encuentran en la FEBEM, en virtud de las muertes, torturas y malos tratos que han sufrido. En su resolución, el tribunal interamericano señaló la necesidad y urgencia de conceder tales medidas ya que la situación en dicho centro era extremadamente preocupante, y destacó que los jóvenes allí reclusos no acceden en forma regular a la educación, trabajo o tareas de resocialización, lo cual incrementa los niveles de tensión entre los jóvenes internos y propicia incidentes de violencia. Es importante apuntar que el juez Antônio Augusto Cançado Trindade emitió su voto concordante en el que manifestó su preocupación porque la CIDH “declaró admisible la petición más de dos años después de haberla recibido y adoptó las medidas hasta el año 2004”. Además, se mostró aún más preocupado porque después de la adopción de medidas cautelares,

⁷⁹⁶ CIDH, *Informe N° 39/02, Admisibilidad, Petición 12.328, Adolescentes en Custodia de la FEBEM, Brasil*, 09 de octubre de 2002, párr. 1, 2, y punto resolutivo 1.

la CIDH se tardó más de seis meses en solicitar las medidas de protección a la Corte IDH.⁷⁹⁷

(c) En otro caso, la CIDH tuvo la oportunidad de examinar el derecho a la educación de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosica, a quienes se les negaba la nacionalidad dominicana a pesar de haber nacido en territorio dominicano y de que la Constitución establece el principio de *jus soli*. De acuerdo con la denuncia, al no reconocerlas como nacionales, las niñas se veían privadas de sus más elementales derechos, exponiéndolas al peligro inminente de ser arbitrariamente expulsadas de su país natal; además, al no contar con un documento que acredite su nacionalidad dominicana como el acta de nacimiento, una de ellas, Violeta Bosica, se ha visto privada de asistir a la escuela. Aunque los peticionarios sólo alegaron expresamente la violación del derecho a la nacionalidad contenido en el artículo 20 de la Convención Americana, también señalaron que podrían resultar afectados otros derechos en caso de comprobarse los hechos. El 27 de agosto de 1999, la CIDH adoptó medidas cautelares a favor de las niñas con base en el artículo 29 de su Reglamento, a fin de evitar que fuesen expulsadas del territorio de la República Dominicana y que Violeta Bosica fuera privada del derecho de asistir a clases y de recibir la educación que se brinda a los demás niños de nacionalidad dominicana. El 22 de febrero de 2001, la CIDH declaró admisible el caso en lo que se refiere a la supuesta violación del derecho a la nacionalidad contenido en el artículo 20 del Pacto de San José, y en lo que respecta a otros derechos decidió diferir su tratamiento al examen sobre el fondo.⁷⁹⁸

⁷⁹⁷ Corte IDH, *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 17 de noviembre de 2005. Solicitud de medidas cautelares presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Federativa del Brasil. Caso de los niños y adolescentes privados de libertad en el “Complexo do Tatuapé” de FEBEM. Valga destacar que esta es la primera ocasión en la que la Corte IDH adopta medidas provisionales para proteger a personas menores de edad que se encuentran en centros de detención.

⁷⁹⁸ CIDH, *Informe N° 28/01, Caso 12.189, Dilcia Yean y Violeta Bosica*, República Dominicana, 22 de febrero de 2001, párr. 1-4 y puntos resolutivos 1 y 2.

El 06 de marzo de 2003, la CIDH aprobó el Informe N° 30/03 sobre el fondo del caso y recomendó al Estado dominicano, entre otras cosas, adoptar las medidas necesarias para que las niñas Yean y Bosico, así como sus madres reciban la reparación adecuada y el reconocimiento público por las violaciones de sus derechos humanos contenidos en los artículos 1, 2, 3, 8, 19, 20, 24 y 25 de la Convención Americana y en el artículo XII de la Declaración Americana referido al derecho a la educación. La posición del Estado fue señalar que no había faltado a las debidas garantías de que las niñas tuvieran una nacionalidad y que no había violado los derechos anteriormente mencionados. Ante tal posición estatal, la CIDH decidió presentar el caso a la Corte IDH el 13 de julio de 2003.⁷⁹⁹

En dicho caso, (a) la Corte IDH señaló que la niña Violeta Bosico había sido admitida en los primeros años a la escuela sin el acta de nacimiento, no obstante, al intentar matricularse para el cuarto grado el Estado no permitió su inscripción en la escuela diurna, lo cual la obligó a inscribirse en la escuela de adultos en la jornada nocturna, en donde estudió el cuarto y quinto grados. El Estado, al negarles la posibilidad de inscribirse en registro respectivo y obtener su acta de nacimiento, mantuvo a las niñas Yean y Bosico en un limbo legal en el que si bien existían y se hallaban insertadas en un determinado contexto social, su existencia misma no estaba jurídicamente reconocida. En este sentido, la Corte IDH consideró que al impedir a la niña Violeta Bosico estudiar durante el período escolar de 1998-1999 en la jornada diurna y prácticamente forzarla a estudiar en la escuela nocturna para mayores de 18 años, se agravó su situación de vulnerabilidad y no recibió la protección especial que requería como niña, de estudiar en un horario adecuado y en compañía de niños de su edad. Bajo estos parámetros, y de acuerdo con el deber de protección especial de

⁷⁹⁹ Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 08 de septiembre de 2005, párr. 29-32.

los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo de San Salvador, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 del Pacto de San José, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, independientemente de su ascendencia u origen, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.⁸⁰⁰

(b) En línea con lo anterior, la Corte IDH ha subrayado la importancia del derecho a la educación de los niños, ya que se constituye en un vehículo para superar gradualmente su vulnerabilidad. Además, es uno de los pilares imprescindibles para garantizar que los niños puedan gozar de una vida digna, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios apropiados para la defensa eficaz de sus derechos. Por tal razón, uno de las medidas especiales de protección de los niños y uno de los derechos reconocidos a éstos en el artículo 19 de la Convención Americana, se encuentra “de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y que contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y para la propia sociedad”.⁸⁰¹

(c) Por otro lado, la Corte IDH ha sostenido que mediante una correcta interpretación de los artículos 4, 5 y 19 de la Convención Americana, a la luz de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, del artículo 13 del Protocolo de San Salvador y del *corpus juris* existente sobre la especial atención que los niños requieren, es posible determinar si un Estado ha cumplido, respecto de ellos, con las obligaciones adicionales que surgen de tales artículos, incluida la de implementar programas de educación. La importancia de implementar medidas

⁸⁰⁰ *Ibíd.*, párr. 180, 185 y 244.

⁸⁰¹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos del niño... op. cit.*, párr. 84, 86 y 88.

como la anterior radica en que al encontrarse los niños en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social, sin duda alguna impactará de una u otra forma en su proyecto de vida. En este sentido, para la Corte IDH, el Estado no brindó a los niños internos la educación que éstos requerían y a la cual aquél estaba obligado, tanto en razón de la protección del derecho a la vida entendido en el sentido señalado anteriormente, como por la disposición del artículo 13 del Protocolo de San Salvador. Cuando el programa educativo ofrecido es deficiente debido a la falta de maestros y recursos adecuados, causa consecuencias todavía más serias cuando los niños privados de libertad provienen de sectores marginales de la sociedad, pues ello les limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y el desarrollo de sus proyectos de vida. En virtud de lo anterior, la Corte IDH dispuso como medida de satisfacción, entre otras, que el Estado brindara asistencia vocacional, así como un programa de educación especial destinado a los ex internos del Instituto que estuvieron en el período de tiempo que acaecieron los hechos.⁸⁰²

(d) Finalmente, en otros casos la Corte IDH ha dispuesto que los Estados responsables de violaciones a los derechos humanos de las víctimas, reparen el daño realizado mediante la realización de acciones de carácter social, consistentes en la reapertura de una escuela y la creación de una fundación para asistir a los beneficiarios;⁸⁰³ proporcionar una beca de estudios universitarios a la víctima, prestaciones educativas y el reconocimiento de que a causa de su detención se le impidió su desarrollo personal y profesional ya que fue obligada a interrumpir sus

⁸⁰² Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"...* op. cit., párr. 172, 174 y 321.

⁸⁰³ Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros...* op. cit.; Íd., *Caso de los "Niños de la calle"...* op. cit.; Íd., *Caso Molina Theissen vs. Guatemala. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 03 de julio de 2004; Íd., *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de febrero de 2002.

estudios;⁸⁰⁴ y desplegar programas de desarrollo en educación primaria, secundaria y diversificada en diversas comunidades indígenas dotándolas de la infraestructura y de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe.⁸⁰⁵

2.4.1.3. Los derechos laborales.

Los derechos laborales son los derechos económicos, sociales y culturales que han tenido mayor desarrollo normativo y jurisprudencial tanto en el ámbito interno como en el internacional. Además de existir un organismo especializado –la OIT- y convenciones internacionales muy específicas en la materia,⁸⁰⁶ en el ámbito interamericano han sido reconocidos en la Declaración Americana, en el Protocolo de San Salvador y en el Pacto de San José vía referencia a las normas pertinentes de la Carta de la OEA.

Así, el artículo XIV de la Declaración Americana establece que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia”. El artículo XV del mismo instrumento instituye el derecho al descanso, a la recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico. Y finalmente, el artículo XXXVII establece el deber correlativo de trabajar, en el marco de las capacidades y posibilidades de las

⁸⁰⁴ Corte IDH, *Caso Durand Ugarte vrs. Perú. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 03 de diciembre de 2001; Íd., *Caso Barrios Altos vrs. Perú. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 30 de noviembre de 2001; Íd., *Caso Loayza Tamayo vrs. Perú. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de noviembre de 1998.

⁸⁰⁵ Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vrs. Guatemala. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia 19 de noviembre 2004.

⁸⁰⁶ Particularmente, los Convenios 14, 81, 87, 98, 100, 106, 111, 122, 129, 131, 132, 151 y 155, los cuales pueden consultarse en la página electrónica de la OIT (<http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>)

personas, con el objetivo de obtener los recursos necesarios para su subsistencia o en beneficio de la comunidad.

Bajo el epígrafe de “Derechos sindicales”, el artículo 8 del Protocolo de San Salvador reconoce que

1. Los Estados partes garantizarán:
 - a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;
 - b. el derecho a la huelga.
2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.
3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.

Y finalmente, en virtud del artículo 26 de la Convención Americana, los derechos laborales pueden inferirse de los artículos los artículos 34 g), 45 b), c) y 46, que establecen el derecho a condiciones dignas de trabajo, el derecho a un salario justo, el derecho de huelga, el derecho de libertad sindical, y el derecho a la negociación colectiva. En relación con las medidas de protección, el numeral 6 del artículo 19 del Protocolo de San Salvador restringe la utilización del sistema de peticiones individuales al literal a) del artículo 8 que contiene el derecho a la libertad

de asociación. También hay que destacar que el ejercicio de este derecho se encuentra enmarcado dentro del marco general del artículo 16 del Pacto de San José referente al derecho a la libertad de asociación que establece el derecho de todas las personas “a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”.

(a) En sus Informes Anuales de 1971 y 1973, la CIDH aplaudió las medidas legislativas de algunos Estados para garantizar los derechos laborales de los trabajadores, tales como, la prohibición de ocupar menores de 14 años en el servicio doméstico ni en explotaciones o empresas industriales o comerciales (Argentina); la constitucionalización de la libertad de trabajo, el derecho a un salario justo, el derecho de sindicalización y el derecho de huelga (Chile); el establecimiento de un régimen especial para la protección de la mujer trabajadora y los menores de edad (Ecuador y Perú); el establecimiento de salarios mínimos (Jamaica y México); y la adopción de leyes relativas a las vacaciones pagadas, al trabajo nocturno de menores en áreas no industriales y al trabajo de menores en áreas industriales.⁸⁰⁷

(b) En sus Informes Anuales de 1984-1985 y de 1985-1986, la CIDH destacó la importancia del derecho al trabajo, el cual incluye el derecho a una retribución justa, al descanso, a condiciones higiénicas y seguras de trabajo, el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias en que debe desarrollarse el trabajo y el derecho a la sindicalización, el cual, a su vez, incluye aspectos tan importantes como son el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga. También señaló que el derecho a la seguridad social está vinculado de manera estrecha con el derecho al

⁸⁰⁷ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1971... op.cit.*, Parte I. 10; *Íd.*, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1973... op. cit.*, Parte I. 8.

trabajo.⁸⁰⁸ (c) En su Informe Anual de 1998, la CIDH reiteró que las personas menores de edad no deben estar sujetas a regímenes de trabajo nocturno ni a condiciones insalubres o peligrosas; también subrayó que los trabajadores migratorios frecuentemente se encuentran en una situación de desprotección en los Estados donde realizan su trabajo, lo cual constituye una situación de vulnerabilidad que conlleva a que en repetidas ocasiones el trabajador migratorio y su familia sean objeto de discriminación, postergación y desconocimiento de sus derechos. Por tal razón, la CIDH recomienda a los Estados miembros que en conformidad con los instrumentos internacionales pertinentes y su legislación doméstica “promuevan, respeten y garanticen los derechos humanos de estas personas.”⁸⁰⁹

(d) En su Informe Anual de 1999, la CIDH manifestó su preocupación por la discriminación significativa que aún existe en el mercado de trabajo brasileño, a tal punto que las mujeres con educación secundaria completa ganan el 63% de lo que perciben sus homólogos hombres, y los brasileños negros con educación secundaria completa reciben la mitad de la paga que los blancos por la misma función.⁸¹⁰ (e) En sus Informes Anuales de 2000 y 2001, la CIDH tomó nota de los avances logrados por el Estado cubano en materia de derechos económicos de la mujer y la vigencia de mecanismos legales, económicos, y sociales para la realización práctica del derecho laboral; aunque también manifestó su preocupación respecto a las denuncias referentes a la existencia de diversas formas de discriminación en el otorgamiento de trabajo por motivos ideológicos u otras razones conexas. En este sentido, se ha denunciado que las personas que demuestran discrepancias políticas con el régimen son las que en mayor proporción se encuentran desempleadas o son despedidas de

⁸⁰⁸ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985... op. cit.*, Capítulo V. II; Íd. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*, 26 de septiembre de 1986, Capítulo V. II.

⁸⁰⁹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998*, 16 de abril de 1999, Capítulo VI.4 y Capítulo VII.

⁸¹⁰ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, 13 de abril de 2000, Capítulo V. Brasil.

su trabajo; así, hay evidencia de que al Sr. Pedro Emilio Pacheco Pérez se le privó de la categoría de docente instructor por ser activo colaborador de la revista “Vital”, órgano informativo-noticioso de la Diócesis de Pinar del Río; Belkis Cantillo Ramírez, Auxiliar Pedagógica del Círculo Infantil “Sueños de Martí” fue expulsada el 3 de febrero de 2000 por la administración de su centro de trabajo; Vladimir Montano Morales, tabaquero de exportación, fue expulsado de la Fábrica de Tabacos “La Bejucaleña”; Jorge Dante Abad Herrera, Instructor, fue expulsado del Politécnico de la Construcción “Julio Delgado Reyes”; el Sr. José Luis Blanco, quien trabajaba en el Centro Provincial de Higiene, entidad perteneciente al Ministerio de Salud Pública de Cuba, conocido por las siglas MINSAP, fue expulsado de su empleo cuando la administración tuvo conocimiento de su labor en la prensa independiente; dos trabajadores de Guantánamo fueron expulsados en noviembre de 2002 de sus empleos por firmar el Proyecto Varela, una propuesta de consulta popular basada en las leyes vigentes en Cuba; entre otros muchos ejemplos.⁸¹¹

Además, la CIDH destacó la importancia de la presencia de sindicatos libres e independientes que defiendan los derechos laborales de los trabajadores, por lo que cualquier prohibición al respecto no sólo viola las obligaciones internacionales del Estado contraídas en la materia, sino también, sus propios principios consagrados en la Constitución Política. Para la CIDH, en Cuba el derecho de asociación con fines sindicales no tiene reconocimiento ni vigencia real; antes bien, sólo los sindicatos oficiales son autorizados. La función misma de los sindicatos ha sido desnaturalizada, al desplazarla de la defensa de los intereses concretos de los trabajadores hacia la de ser vehículo transmisor de las consignas gubernamentales;

⁸¹¹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000*, 16 de abril de 2001, Capítulo IV. Cuba, párr. 72-81; Íd., *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001*, 16 de abril de 2002, Capítulo IV. Cuba, párr. 61.

los sindicatos, así, se han convertido en un instrumento más de control, y en la práctica, el Estado ejerce un control absoluto sobre la vida sindical del país.⁸¹²

(f) En su Informe Anual de 2002, la CIDH tomó nota de las mayores dificultades que encuentran las mujeres guatemaltecas para ejercer sus derechos laborales, de las injustas y no igualitarias condiciones en las que trabajan y las contraprestaciones que reciben en relación con la situación de los hombres. (g) En su Informe Anual de 2005, la CIDH reiteró su preocupación sobre las precarias condiciones a las que están sometidos algunos sindicalistas cubanos detenidos en marzo de 2003, sobre la restricción del derecho de libertad sindical y la continuidad de actos de hostigamiento contra miembros del movimiento sindical independiente; sobre la existencia de una sola central sindical reconocida oficialmente; y sobre las restricciones al ejercicio del derecho laboral asociadas a la exigencia de pertenecer al partido político gobernante y por las discriminaciones arbitrarias que empresas extranjeras en Cuba impondrían a los trabajadores cubanos. La CIDH también manifestó su preocupación por las graves denuncias contra Haití en relación con la trata y tráfico de niños y adolescentes utilizados para trabajos domésticos, explotación sexual y otras ocupaciones degradantes de su condición; además, lamentó que más de dos tercios de la fuerza de trabajo haitiana carecieran de un empleo formal; y también expresó su inquietud por la denuncia de la existencia de un creciente número de incidentes discriminatorios por parte de entes del Estado y sectores privados en el otorgamiento de trabajo y servicios públicos por motivos ideológicos u otras razones conexas.⁸¹³

(a) En los Informes sobre la situación de los derechos humanos en Chile (1974 y 1976), la CIDH comprobó que los sindicatos han sido privados de su personalidad

⁸¹² *Ibíd.*, 2000, párr. 82 y ss.; 2001, párr. 66 y ss.

⁸¹³ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005*, 27 de febrero de 2006, párr. 111 y ss. (Cuba); párr. 244 y 252 (Haití); párr. 325 y ss. (Venezuela).

jurídica pese a que la Constitución Política se las confiere expresamente; que la acción gremial ha sido considerablemente afectada por las reformas a la legislación laboral que ponen la suerte de los trabajadores prácticamente en mano de los empleadores; y que una simple imputación de simpatía hacia sectores de inspiración marxista o democrática-cristiana ha sido suficiente para despedir a trabajadores e ingresarlos a una lista negra que les cierran toda posibilidad de trabajar. También manifestó su preocupación la generalidad violación de los derechos sindicales y de los derechos a la vida, la integridad física y las libertades de numerosos sindicalistas. También la CIDH manifestó su preocupación por la disolución de la Central Unitaria de Trabajadores, lo cual no estuvo conforme con los principios de libertad sindical; por la ilegalización de dos confederaciones sindicales del sector agrícola; por la intervención del Sindicato Único de los Trabajadores de la Educación y de la Asociación Nacional de Empleados de Servicio de Educación; por la suspensión de la retención de cotizaciones sindicales por planilla, el allanamiento de locales de algunos sindicatos y la incautación de documentos y máquinas de oficina. Para la CIDH, todas estas situaciones constituyen graves violaciones de los derechos sindicales.⁸¹⁴

(b) En su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Uruguay (1978), la CIDH su preocupación por la prohibición de reuniones inter-gremiales por tiempo indefinido y que el Gobierno ha realizado redadas masivas de trabajadores y los ha detenido, acusándolos subversivos. También señaló que varios sindicatos han sido intervenidos, sus actividades declaradas ilícitas, sus locales clausurados por orden de la corte militar y transferidos a otros sindicatos afines al Gobierno.⁸¹⁵ (c) En el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Panamá (1978), la CIDH ha

⁸¹⁴ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile 1974*, 25 de octubre de 1974, Capítulo XIV. A.; *Íd.*, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile 1976*, 28 de junio de 1976, Capítulo VI.

⁸¹⁵ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Uruguay*, 31 de enero de 1978, Capítulo VII.

conocido denuncias sobre las medidas adoptadas por el Gobierno para reprimir algunos sindicatos y tratar de desalentar a los gremios que no se asocien a la federación de trabajadores apoyada por el Gobierno; en este sentido, por razones políticas se obstaculiza el derecho de asociación y se intimida a los sindicatos independientes mediante el allanamiento y destrucción de sus oficinas, y la detención de sus dirigentes.⁸¹⁶

(d) En el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina (1980), la CIDH constató la suspensión de las actividades gremiales de los trabajadores y la intervención de la Confederación General del Trabajo y de la Confederación General Económica, congelándoseles sus fonos y suspendiéndoles el fuero sindical. También se ha suspendido el derecho de huelga a nivel nacional, se han disuelto y declarado ilegales a varias organizaciones sindicales, a quienes se les ha retirado su personería jurídica, se les ha clausurado sus cuentas bancarias y se sus bienes y acciones han sido incorporados al patrimonio del Estado. Para la CIDH, también es motivo de preocupación que numerosos dirigentes sindicales han sido apresados en centros industriales del país sin orden judicial, detenidos a disposición del Poder Ejecutivo o han desaparecido, todo lo cual constituye graves violaciones a los derechos sindicales y demás derechos humanos de las personas agraviadas.⁸¹⁷ (e) En su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia (1981), la CIDH ha expresado su preocupación por las series y graves alteraciones que ha sufrido el derecho de reunión y la libertad de asociación de los sectores sindicales y gremiales, entre las que destacan el congelamiento de todas las cuentas bancarias pertenecientes a organizaciones sindicales, el despido masivo de trabajadores alegándose

⁸¹⁶ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Panamá*, 22 de junio de 1978, Capítulo VI.

⁸¹⁷ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, 11 de abril de 1980, Capítulo VIII.

motivaciones político-sindicales, el impago de los salarios y la disminución de horas extras de trabajo en los frentes mineros.⁸¹⁸

(f) En el Informe sobre los derechos humanos en Guatemala (1981), la CIDH tomó nota de que a pesar del reconocimiento jurídico del derecho de reunión y la libertad de asociación, en la práctica son objeto de violaciones y han sido afectados por el clima de violencia existente en el país. En este sentido, reafirmó que el Gobierno guatemalteco no ofrece una protección efectiva a los trabajadores y a los sindicatos, y que las violaciones a los derechos sindicales van desde la negación y reconocimiento de su personería jurídica, atrasos o rechazos para enjuiciar las violaciones a las leyes laborales del país, hasta asesinatos de líderes sindicales. Entre estos últimos, la CIDH ha conocido y resuelto un número de casos en los que se denuncia las condiciones de incertidumbre en que se desenvuelven las organizaciones sindicales guatemaltecas y la persecución, encarcelamiento, secuestro y asesinato de dirigentes obreros.⁸¹⁹

(g) En su Séptimo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba (1983), la CIDH reconoce los avances logrados por el Gobierno cubano en materia de empleo para la población en general, no obstante señaló que existen diversas formas de discriminación en el otorgamiento de trabajo por motivos ideológicos u otras razones conexas y que la concentración del poder estatal no ha sido posible sin coartar las libertades sindicales; en este sentido, el derecho de asociación no puede ejercitarse contra la existencia y fines del Estado socialista; los sindicatos por tanto, no son verdaderamente autónomos ya que están supeditados a los intereses del Estado y guiados por el Partido. Concluyó que en Cuba el derecho a la huelga y el derecho de asociación con fines sindicales no están reconocidos y que en la práctica

⁸¹⁸ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia*, 13 de octubre de 1981, Capítulo V.

⁸¹⁹ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, 13 de octubre de 1981, Capítulo VIII.

se proscriben y son punibles. Finalmente, es importante destacar que la CIDH consideró que aunque el derecho de huelga y el de negociación colectiva no se enumeran específicamente en la Declaración Americana, están estrechamente relacionados con los derechos laborales fundamentales, y en este sentido, “deben considerarse, implícitamente, como derechos colectivos básicos”.⁸²⁰

(h) En su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile (1985), la CIDH expresó su preocupación sobre la situación de los derechos humanos en el país, la cual ha limitado gravemente al movimiento sindical en el sentido de numerosos sindicalistas han sido objeto de hostigamiento y persecución; así, muchos de ellos han sido ejecutados, desaparecidos, muertos mientras se encontraron bajo arresto o fueron obligados al exilio. En tal contexto, el movimiento sindical ha tenido serios obstáculos para expresarse institucionalmente y ejercer sus derechos, especialmente el derecho de reunión y el derecho de huelga. La CIDH concluyó que los trabajadores no han tenido prácticamente ninguna participación en la elaboración de la legislación laboral; que aún subsisten en la legislación laboral, serias limitaciones a los derechos de los trabajadores, tales como la falta de una legislación adecuada para suprimir o limitar los despidos colectivos o la falta de autorización de la negociación colectiva por rama de actividad. Además, ratificó la existencia de una marcada inseguridad para el ejercicio de la libertad sindical; denunció la adopción de medidas estatales contrarias al derecho de asociación y libertad sindicales; y manifestó su preocupación por la abolición de los tribunales del trabajo que ha tenido un efecto negativo sobre los intereses y derechos de los trabajadores.⁸²¹

⁸²⁰ CIDH, *Séptimo informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba... op. cit.*, Capítulo X, párr. 14, 51-53 y 63.

⁸²¹ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, 8 de mayo de 1990, Capítulo X, párr. 110-113 y 121-128.

(i) En el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (1987), la CIDH señaló que en este país las huelgas no están permitidas y la negociación colectiva de contratos de trabajo se ve frustrada por la interferencia de las empresas privadas no obstante las garantías previstas en las leyes. En general, continúan existiendo condiciones restrictivas a la libertad sindical entre las que destaca la persecución y el arresto arbitrario de varios líderes sindicales. La CIDH también apuntó que la gran mayoría de los sindicatos de trabajadores no tienen personería jurídica y simplemente se les considera grupos de hecho que tienen que luchar constantemente por un mínimo de derechos. En el marco de lo anterior, concluyó que además del sentido restrictivo de toda la legislación paraguaya en materia de libertad sindical, las autoridades no respetan ni hacen efectivas las pocas garantías existentes “de modo que puede afirmarse que dichas garantías son simples enunciados sin valor práctico o vigencia efectiva, de carácter declarativo, mantenidas con el deliberado propósito de servir de ‘pantallas’ o coberturas legalistas para ocultar el desconocimiento de los derechos sindicales y las represiones a la clase trabajadora urbana y rural”.⁸²²

(j) En su Informe sobre los derechos humanos en Guatemala (1993), la CIDH señaló que la libertad de asociación con objetivos económicos y laborales adquiere un rol crucial en el marco de una sociedad democrática y que los obstáculos para su ejercicio no sólo constituyen violaciones a ese derecho, sino que desembocan en fricciones sociales violentas y violaciones a los derechos a la vida y a la integridad personal. Aunque en Guatemala existe un espacio de libertades públicas que permite el ejercicio de la vida sindical, al mismo tiempo se encuentra continuamente acosado por tentativas de limitarlo mediante las detenciones arbitrarias, las amenazas de muerte, los atentados contra la vida y los despidos arbitrarios de líderes

⁸²² CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, 28 de septiembre de 1987, Capítulo VI.

sindicales. Para la CIDH, era preocupante que se estuvieran dando numerosos abusos dentro de la industria maquiladora, especialmente en lo relacionado al incumplimiento de las obligaciones en materia de condiciones dignas y legales de trabajo, salario mínimo, trabajo infantil, horas extras no obligatorias, condiciones sanitarias y despidos de dirigentes sindicales. En este sentido, la CIDH consideró que era indispensable reformar y reforzar la acción de la justicia laboral para evitar que “las fricciones laborales se conviertan en conflictos fuera del cauce legal. Ni la paz, ni la inversión y crecimiento productivo, ni el desarrollo social existirán sin ellas”.⁸²³

(k) En los Informes sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (1993 y 1999), la CIDH estableció que la libertad de asociación es un principio básica de obligatorio cumplimiento por los 33 Estados miembros de la OEA, en cuanto tienen la obligación internacional de observar las normas de la Declaración Americana y del Pacto de San José, lo cual adquiere mayor relevancia en un país como Colombia que representa uno de los casos graves de violación de la libertad sindical. También manifestó su preocupación por las condiciones de marginalidad en que vive un porcentaje muy alto de la población, lo cual constituye una de las principales causas del trabajo infantil, caracterizado sobre todo por jornadas de trabajo que exceden los límites permitidos, salarios por debajo de lo legal, ausencia de auxilio de transporte, falta de permiso laboral y de afiliación a la seguridad social, falta de acceso a la educación formal, ausencia de prestaciones sociales como vacaciones, cesantías, etc., y existencia de condiciones peligrosas para su salud. Para la CIDH, es necesario que el Estado colombiano no limite las medidas de protección a la legislación y la penalización del trabajo infantil, sino que también tengan como fin

⁸²³ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, 1 de junio de 1993, Capítulo IX.

una mejora cuantitativa y cualitativa del sistema escolar y los apoyos económicos dirigidos a las familias.⁸²⁴

(l) En su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil (1997), la CIDH expresó su preocupación por la existencia de trabajo forzado o semiforzado y por la impunidad que rodea tales hechos debido a la falta de una investigación seria para sancionar a los responsables y a la inacción, negligencia e incapacidad del sistema policial y judicial. En el marco de este escenario, la CIDH concluyó que situación de pobreza provocada por la mala distribución de oportunidades de acceso a la tierra y a servicios lleva a la explotación en condiciones de servidumbre de trabajadores rurales, lo cual se rodea de un ambiente de impunidad debido a la lentitud e inoperancia del sistema judicial y a la falta de eficacia de las autoridades para prevenir y sancionar esas actividades. Por todo ello, este órgano interamericano recomendó al Estado brasileño la adopción de medidas legales y políticas para poner fin a las situaciones de trabajo en condiciones de servidumbre; la creación de condiciones de seguridad y plena vigencia de derechos para los líderes sindicales y trabajadores rurales; y el establecimiento de normas y procedimientos especiales respecto a los delitos ligados a la explotación del trabajo humano en condiciones de servidumbre, así como respecto a los crímenes, amenazas y asociaciones ilegales realizadas para perpetrar y mantener dichas situaciones.⁸²⁵

(m) En el Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana (1999), la CIDH se sumó a la preocupación internacional en relación con la participación de fuerzas policiales y militares en el reclutamiento de braseros haitianos para trabajar en las plantaciones de azúcar; también observó con

⁸²⁴ CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 14 de octubre de 1993, Capítulo VIII; *Íd.*, *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 26 de febrero de 1999, Capítulo IX.

⁸²⁵ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, 29 de septiembre de 1997, Capítulo VII. B.

preocupación las precarias condiciones de los enclaves donde viven los trabajadores de la zafra y pese a que las viviendas son gratuitas, éstas son inadecuadas, no cuentan con energía eléctrica ni evacuación de aguas negras. Existen graves problemas de hacinamiento, de falta de higiene, de agua potable y de letrinas que crean condiciones para el desarrollo de enfermedades como la diarrea, malaria y tuberculosis, lo cual se agrava ante la falta de dispensarios médicos. A su vez señaló que la mujer haitiana vive en condiciones de extrema vulnerabilidad en los campos de la caña, ya que comúnmente se cree que sólo los hombres llegan a trabajar como braceros a la República Dominicana, por lo que las haitianas no poseen por sí mismas el derecho a la vivienda, ni a servicios de salud, por limitados que éstos sean. En el mismo sentido la CIDH se manifestó en relación con los niños haitianos, muchos de los cuales tenían síntomas de desnutrición y no iban a la escuela por ayudar a sus padres a lograr un sustento miserable.⁸²⁶

Ante esta realidad de los trabajadores haitianos, la CIDH concluyó que aunque no ignoraba que las condiciones de pobreza afectaban a otros sectores de la vida nacional dominicana, las condiciones de trabajo, vivienda, salud, educación y seguridad de los trabajadores haitianos y sus familias son responsabilidad directa del Estado, ya que los mismos trabajan para éste y residen en sus propiedades. Por tanto, recomendó al Estado dominicano adoptar medidas tendientes a mejorar y regularizar la situación de estos trabajadores indocumentados mediante la entrega de cédulas de trabajo y de residencia; a legalizar la situación de sus hijos de acuerdo con el principio del *jus soli* cuando proceda, conforme al propio texto constitucional dominicano; a garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de dichos trabajadores sin discriminación alguna; y a mejorar las condiciones de vida en los

⁸²⁶ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana*, 7 de octubre de 1999, Capítulo IX, párr. 314, 343, 344, 346, 424

enclaves azucareros mediante el suministro de agua potable, electricidad, servicios médicos y programas educacionales.⁸²⁷

(n) En su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela (2003), la CIDH observó con preocupación que la crisis política y el ambiente de tolerancia han incidido en un incremento de los conflictos laborales con sus consecuentes efectos negativos en la libertad sindical. Es especialmente preocupante la realización de despidos masivos de los trabajadores de la empresa estatal PDVSA, los cuales se efectuaron en ausencia de procedimientos administrativos que garantizaran el debido proceso legal. La CIDH también estableció que someter a referendo nacional la continuidad o destitución de los dirigentes de la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV), implicó una violación al derecho a la libertad sindical y al de los trabajadores a elegir a sus dirigentes, ya que se permitió a personas distintas de los trabajadores afiliados participar en tal decisión. Por todo ello, la CIDH recomendó al Estado venezolano adoptar las medidas necesarias para garantizar la libertad sindical y para que no se repitan en el futuro situaciones de intervención estatal en la materia.⁸²⁸

(ñ) En el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia (2003), la CIDH manifestó su preocupación por el alto número de personas que en diversas circunstancias han estado sometidas a situaciones de servidumbre por deuda análogas a la esclavitud, así como a trabajos forzosos, las cuales se mantienen vigentes ante la falta de respuesta efectiva del Estado. Tales situaciones se caracterizan por excesivo trabajo físico de personas de todas las edades, incluyendo niños, niñas, adolescentes y adultos mayores, en algunos casos bajo la amenaza de aplicación de castigos corporales; la contraprestación a este trabajo se realiza en

⁸²⁷ *Ibíd.*, párr. 345, 346, 364 y 365.

⁸²⁸ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela*, 24 de octubre de 2003, Capítulo VII, párr. 504, 506-512.

especie y/o a través de mínimas sumas de dinero que además de desconocer las largas jornadas laborales, bajo ninguna circunstancia pueden cubrir las necesidades básicas de subsistencia de los trabajadores. Correlativamente a la insuficiencia de la contraprestación, se genera una situación de endeudamiento permanente y sucesivo con los hacendados por la provisión de víveres, ropa y otros productos, que puede llegar a ser vitalicia e incluso heredarse. Pese a las condiciones infrahumanas en que viven estos trabajadores y que las mismas involucran violaciones a otros derechos tales como la integridad personal, condiciones mínimas de vida digna, educación y acceso a la justicia, existe una completa ausencia de respuesta en todos los niveles del Estado, lo cual evidentemente agrava al panorama descrito.⁸²⁹

En materia contenciosa, (a) la CIDH conoció el caso 4425 en el que se denunciaba la historia de violencia y represión contra la actividad sindical por parte de la embotelladora de la Coca Cola, localizada en la ciudad de Guatemala, lo cual incluía amenazas, intimidaciones, atentados, actos de violencia, secuestro, desaparición y asesinato de varios dirigentes y miembros del sindicato; todas estas acciones habían estado encaminadas a destruir la organización sindical y tuvieron la participación activa de la policía y del ejército guatemalteco. Ante la falta de respuesta del Gobierno guatemalteco acerca de las solicitudes de información formuladas por la CIDH, ésta presumió verdaderos los hechos denunciados en virtud del artículo 39 de su Reglamento vigente en la época y resolvió declarar que el Gobierno de Guatemala había violado, *inter alia*, el derecho de reunión y la libertad de asociación de los trabajadores, contenidos en los artículos 15 y 16 de la Convención Americana.⁸³⁰

⁸²⁹ CIDH, *Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, 28 de junio de 2007, Capítulo IV, párr. 257, 259-271.

⁸³⁰ CIDH, *Resolución N° 38/81. Caso 4425 (Guatemala)*, 25 de junio de 1981, párr. 1-5 y puntos resolutivos 1-2.

(b) En el caso 11.381, la CIDH conoció la denuncia referente a los trabajadores de las aduanas de Nicaragua que se habían declarado en huelga en mayo de 1993, exigiendo ciertas reivindicaciones laborales y que fueron despedidos después de que el Ministerio del Trabajo la declarara ilegal. En dicho caso, el Tribunal de Apelaciones resolvió suspender los efectos de la resolución del Ministerio de Trabajo, lo que implicaba reintegrar a los trabajadores y suspender los despidos que se estaban realizando; pese a que la Corte Suprema de Justicia ordenó mediante cédula judicial el cumplimiento de la resolución del Tribunal de Apelaciones, las autoridades de aduanas despidieron a más de cien trabajadores. Es importante apuntar que en junio de 1993, los trabajadores interpusieron un recurso de amparo en contra de la declaratoria de ilegalidad de la huelga, y aunque la Ley de Amparo establece un término de 90 días para resolverlo, la Corte Suprema de Justicia decidió al respecto un año después y confirmó la resolución del Ministerio de Trabajo en cuanto a la ilegalidad de la huelga, utilizando como razones para dicha decisión hechos ocurridos en febrero de 1992, es decir, un año antes de la huelga de aduanas.⁸³¹

Según los denunciantes, como consecuencia de ese error judicial y arbitrariedades de las autoridades administrativas quedaron desempleados 142 trabajadores, de quienes dependen económicamente 600 personas, siendo niños más de la mitad de ellos. En este sentido, los hechos denunciados constituían violaciones, *inter alia*, al derecho a las garantías judiciales (art. 8), al derecho de asociación (art. 16) y a los derechos económicos, sociales y culturales (art. 26) contenidos en la Convención Americana, sobre los cuales la CIDH declaró admisible el caso.⁸³² En su Informe de Fondo del 11 de octubre de 2001 (N°100/2001), la CIDH consideró que los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la

⁸³¹ CIDHD, Informe N° 14/97, Caso 11.381, Sobre admisibilidad, Nicaragua, 12 de marzo de 1997, párr. 2-7.

⁸³² *Ibid.*, párr. 8, 32 y 71.

protección establecida en el artículo 26 del Pacto de San José, cuya violación es clara respecto de los principios de legalidad y retroactividad y de la protección de las garantías judiciales. De esta manera, estas violaciones por parte del Estado generan perjuicios económicos y postergan los derechos económicos, sociales y culturales de las víctimas.⁸³³

A su vez, la CIDH consideró que aunque Nicaragua sólo había firmado el Protocolo de San Salvador que contiene la protección de los derechos laborales, con anterioridad a los hechos denunciados, la mejor doctrina de interpretación del derecho de los tratados o de cualquier disposición sobre los derechos humanos estima que aunque no se encuentre en vigor un tratado, los países que lo firmaron no pueden imponer reglas en su contra. Teniendo en cuenta que el artículo 1 de dicho Protocolo establece que las medidas adoptadas por los Estados partes deben lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, a los Estados no les está permitido crear leyes o interpretarlas de manera que representen un retroceso en las conquistas de los trabajadores. Para este órgano interamericano, “el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales.”⁸³⁴

Por otro lado, los peticionarios alegaron que el derecho a huelga está intrínsecamente ligado al derecho de asociación, por lo que el Estado nicaragüense incurrió en su violación al declarar la ilegalidad de la huelga y despedir arbitrariamente a los trabajadores aduaneros sindicalizados. Para la CIDH, el derecho de sindicalización es un derecho laboral sustancial pero independientemente de la relación intrínseca que guarda con el derecho de libertad de asociación, no basta

⁸³³ CIDH, *Informe N° 100/01. Caso 11.381. Milton García Fajardo y otros (Nicaragua)*, 11 de octubre de 2001, párr. 95-97.

⁸³⁴ *Ibíd.*, párr. 98-101.

para probar la violación de este último. En este sentido, el hecho de que el Estado negara la posibilidad de ir a huelga, no restringió a los trabajadores para ejercer su derecho de asociación, toda vez que es en esa capacidad de asociados a un sindicato que presentaron el recurso ante la Corte Suprema de Justicia y éste fue admitido. Por tanto, no resulta claro que al ser la mayor parte de los despedidos, trabajadores sindicalizados, se haya desconocido el derecho de asociación, toda vez que no surge de los elementos analizados que se les haya impedido ejercer este derecho o que hayan sufrido persecución por su afiliación a un sindicato. En estas circunstancias, la CIDH concluyó que no es posible imputar responsabilidad al Estado por la violación del derecho a la libertad de asociación contenido en el artículo 16 de la Convención Americana, pero sí por la violación del derecho a las garantías judiciales, a la protección judicial y los derechos económicos, sociales y culturales, protegidos, en su orden, por los artículos 8, 25, y 26 del Pacto de San José.⁸³⁵

(c) En el caso 11.738, se denunció al Estado argentino porque durante el tiempo en que Elba Clotilde Perrone y Juan José Preckel estuvieron ilegítimamente detenidos y en exilio, por órdenes del Gobierno *de facto* que ostentaba el poder entre 1976 y 1983, dejaron de percibir sus haberes laborales en la Dirección General Impositiva, y cuando pudieron presentar las demandas para obtener dicho pago, las autoridades pertinentes los rechazaron de manera arbitraria. Para los denunciantes, tales hechos constituían violaciones, *inter alia*, de los derechos al trabajo y a una justa retribución contenido en el artículo XIV de la Declaración Americana. Al examinar el caso, la CIDH concluyó que tenía competencia para conocer los hechos y declaró admisible la petición. Es interesante destacar que la CIDH sostuvo que sólo se referiría a las normas de la Convención Americana y no de la Declaración, ya que una vez que la primera entró en vigor para el Estado argentino, ésta y no la segunda se convirtió en la principal fuente de derecho aplicable por la CIDH, siempre que la

⁸³⁵ *Ibíd.*, párr. 102-109 y 112.

petición se refiera a la presunta violación de derechos sustancialmente idénticos en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua. En relación con el derecho al trabajo y a una justa retribución contemplado en la Declaración Americana pero no en el Pacto de San José, la CIDH consideró que tal circunstancia no excluía su competencia en razón de la materia en virtud del artículo 29 literal d) de la Convención Americana. Bajo estos parámetros, la CIDH declaró admisible los alegatos relacionados con la violación de esta norma de la Declaración Americana.⁸³⁶

(d) En el caso 12.084, el Sindicato de Trabajadores de Lima y de la Empresa de Servicios Municipales de Lima, denunciaron a la República del Perú debido a que la Municipalidad Metropolitana de Lima no había cumplido con las sentencias judiciales que le ordenaban reincorporar a trabajadores despedidos, dejar sin efecto reducciones de remuneraciones y cumplir con pactos colectivos de trabajo. Aunque los peticionarios no alegaron la violación del derecho al trabajo ni la CIDH lo analizó en virtud del principio *iuria novit curia*, ésta consideró que de ser comprobados los hechos denunciados, podrían caracterizar una violación del artículo 25 y 1.1 de la Convención Americana (derecho a la protección judicial y obligación de respetar los derechos, respectivamente).⁸³⁷

(e) En el caso 12.319, la Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Perú denunció a la República del Perú porque las autoridades peruanas no habían cumplido la sentencia de la Corte Suprema de la República que favorecía a los peticionarios en el sentido de disponer que la Comisión de Disolución de la CCTM efectuara las acciones vinculadas a las mayores remuneraciones que le han sido judicialmente reconocidas a los trabajadores marítimos, situación que

⁸³⁶ CIDH, Informe N° 67/99, Caso 11.738. *Elba Clotilde Perrone y Juan José Preckel (Argentina)*, 04 de mayo de 1999, párr. 1-4, 40-41 y punto resolutivo 1.

⁸³⁷ CIDH, Informe N° 85/01, Caso 12.084. *Trabajadores de la Municipalidad Metropolitana de Lima y de la Empresa de Servicios Municipales de Lima (Perú)*, 10 de octubre de 2001, párr. 22-24.

conlleva la adecuada reestructuración de la base de cálculo y de los beneficios sociales. Esta resolución fue acatada por el Gobierno mediante la emisión del Decreto Supremo Extraordinario N° 030-PCM/92, de fecha 4 de abril de 1992, sin embargo, en fecha 2 de septiembre del mismo año, en aparente contradicción al mandato del Poder Judicial y a sus propias normas legales, el Gobierno decretó un nuevo decreto en el que derogó las normas referidas al pago de los beneficios sociales de los trabajadores, lo cual ha ocasionado graves perjuicios para todos los trabajadores afectados por dicho incumplimiento, así como para sus familiares, quienes se han visto sumidos en una situación de miseria que les impide cubrir las necesidades mínimas para poder vivir con dignidad. Ante estos hechos, la CIDH consideró que podrían existir violaciones del artículo 25 y 1.1 de la Convención Americana (derecho a la protección judicial y obligación de respetar los derechos, respectivamente). Por ello, declaró admisible la petición.⁸³⁸

(f) En la petición 11.171, los peticionarios denuncian que en fecha 19 de febrero de 1993, tres mil miembros originarios de varios cantones de la cabecera municipal de Joyabaj, entre ellos el Sr. Tomás Lares Cipriano, presentaron de manera pública ante diversas autoridades civiles su renuncia a los comités voluntarios de autodefensa, pues desde la década de los años 80 habían prestado el servicio en la Patrulla Civil sin ganar ningún salario de forma obligatoria, ya que los jefes militares les decían que si no formaban parte de tales comités eran guerrilleros, y que por lo tanto, si renunciaban, debían abandonar sus viviendas con su familia, de lo contrario algún día los asesinarían. Luego de la renuncia, estas personas fueron amenazadas a muerte por lo que a través de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala presentaron un recurso de *habeas corpus* con fines preventivos ante la Corte Suprema de Justicia. El 30 de abril de 1993, el Sr. Lares Cipriano fue

⁸³⁸ CIDH, Informe N° 86/01, Caso 12.319. *Federación de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Perú (Perú)*, 10 de octubre de 2001, párr. 6-17, 39-41 y punto resolutivo 1.

brutalmente asesinado y el 19 de mayo del mismo año el recurso fue declarado sin lugar. La CIDH consideró que los hechos denunciados podrían caracterizar la violación, *inter alia*, del derecho de asociación, por lo que se declaró competente para conocer del caso.⁸³⁹

En el Informe sobre el fondo de este caso, la CIDH estableció que la libertad de asociación ha sido entendida como el derecho del individuo de unirse con otros voluntariamente para la realización común de un fin lícito, y al igual que el derecho a la libertad de reunión, es fundamental para la existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática. También reconoció que en la mayoría de las veces, las más graves violaciones a los derechos humanos tales como las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas, tienen por objeto silenciar o sacar de la arena política y social a determinados líderes o activistas. En este sentido, la violación del derecho a la vida puede ser una medida represiva extrema en represalia a las actividades, comunitarias, sociales o de participación política que desarrolla la víctima. Bajo estos parámetros y pese a que los peticionarios alegaron que mediante la ejecución del Sr. Lares Cipriano se había violado el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención Americana, la CIDH concluyó que el derecho a la libertad asociación se encuentra subsumido en el derecho de a la vida consagrado en el artículos 4 del mismo instrumento, por lo que decidió abstenerse de pronunciarse sobre las pretensiones de los peticionarios al respecto.⁸⁴⁰

(g) En la petición 0453/00, los denunciantes alegaron la violación, *inter alia*, del derecho a la libertad de asociación contenido en el artículo 16 de la Convención Americana, en perjuicio de los ex trabajadores del organismo judicial. De acuerdo a

⁸³⁹ CIDH, Informe N° 12/02. Admisibilidad. Petición 11.171. Tomás Lares Cipriano (Guatemala), 27 de febrero de 2002, párr. 13-25, 65-68 y punto resolutivo 1.

⁸⁴⁰ CIDH, Informe N° 69/96. Caso 11.171. Fondo. Tomás Lares Cipriano (Guatemala), 21 de octubre de 2006, párr. 115-118 y 130-132.

la denuncia, en agosto de 1992 se suscribió el último Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo entre el Organismo Judicial y el Sindicato de Trabajadores de dicha institución, el cual entró en vigencia el 20 de noviembre del mismo año. La duración del pacto colectivo era de dos años y para 1994 aún no se había celebrado un nuevo pacto, por lo que los ex trabajadores denunciaron tal hecho ante la Inspección General del Trabajo con el propósito de iniciar la negociación de un nuevo instrumento colectivo de trabajo. Después de varios trámites y ante la imposibilidad de llegar a una negociación, el 12 de diciembre de 1995 se constituyó un Tribunal de Conciliación entre las partes, el cual emitió sus recomendaciones. Ante la negativa de las autoridades judiciales de asumir tales recomendaciones, los miembros del sindicato decidieron iniciar una huelga desde el 19 de marzo hasta el 7 de abril de 1996; como medida de represión, el Organismo Judicial decidió dejar de pagar el sueldo a los trabajadores, sin base legal para justificarlo.⁸⁴¹

El 02 de abril de 1996 la Corte de Constitucionalidad otorgó amparo provisional interpuesto por el sindicato y ordenó al Organismo Judicial pagar los salarios retenidos a los trabajadores correspondientes al mes de marzo de 1996, bajo la condición de que los trabajadores regresaran inmediatamente a sus labores. Los peticionarios acataron el fallo en la parte que les correspondía, sin embargo, el Organismo Judicial interpuso un recurso para que se declarara ilegal la huelga de los trabajadores ante la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social, quien el 13 de mayo de 1996 declaró ilegítimo el movimiento de huelga. Los trabajadores interpusieron un amparo ante la Corte Suprema de Justicia en contra de tal decisión toda vez que había sido tomada sin esperar que concluyera el período de prueba y por no haber resuelto sobre el recurso de nulidad presentado por los peticionarios, sin embargo, éste fue denegado el 27 de enero de 1997. Durante el

⁸⁴¹ CIDH, *Informe N° 78/03. Petición 0453/00. Admisibilidad. Ex trabajadores del Organismo Judicial (Guatemala)*, 22 de octubre de 2003, párr. 10-17.

tiempo que duró el conflicto los trabajadores interpusieron recursos de recusación contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia debido a que estaban juzgando un caso en el que ellos eran juez y parte; la Cámara Civil de la Corte recusó uno a uno a los Magistrados por parcialidad, con lo cual, el problema que se presentó fue la ausencia de un tribunal competente para solucionar el conflicto.⁸⁴²

Ante tales circunstancias, el Organismo Judicial procedió a proponer la modificación de la Ley del Organismo Judicial para permitir que los Magistrados pudieran seguir juzgando el caso, lo cual fue aprobado, estableciendo en la misma que las decisiones de las Salas de la Corte de Apelaciones no tenían segunda instancia. De esta manera, la Corte Suprema de Justicia se negó a conocer el caso, dado que el acto impugnado había sido dictado por un Tribunal Colegiado y no era apelable en conformidad con la nueva ley. Los peticionarios interpusieron un amparo ante la Corte de Constitucionalidad que también fue denegado, por lo que quedó firme la sentencia que declaraba ilegal la huelga de los trabajadores y se procedió a despedir a 508 empleados que participaron en ella. Nuevamente los peticionarios interpusieron un recurso de amparo provisional ante la Corte de Constitucionalidad con el fin de suspender provisionalmente tales despidos, pero también fue denegado. La CIDH declaró admisible el caso en lo que respecta a las alegadas violaciones, *inter alia*, al derecho de libertad de asociación de los trabajadores.⁸⁴³

(h) En la petición 2893-02, se denunció que la empresa Fertilizantes de Centroamérica despidió y realizó una serie de acciones contra el sindicato Asociación de Trabajadores de Fertilizantes; tales actos fueron denunciados mediante recursos administrativos y judiciales pero que no lograron una respuesta efectiva del Estado

⁸⁴² *Ibíd.*, párr. 18-21.

⁸⁴³ *Ibíd.*, párr. 22-29, 51-52 y puntos resolutivos 1 y 2.

toda vez que, con respecto a las demandas presentadas en 1996, aún no se había emitido la respectiva sentencia. En la relación de los hechos, los peticionarios alegaron que tal empresa había sido de naturaleza pública pero que con su privatización, dejó de aplicar la convención colectiva vigente, estableció un instructivo mediante el cual se forzaba a los trabajadores a firmar nuevos contratos en condiciones laborales más desventajosas y se despidió a la totalidad de los trabajadores, entre los que se contaban 265 afiliados al sindicato y toda su junta directiva. Ante la denuncia de los trabajadores, la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo de Costa Rica declaró que la empresa era responsable de los hechos denunciados, sin embargo, cuando el sindicato inició una huelga, fue declarada ilegal. Los trabajadores presentaron una serie de recursos ante las instancias correspondientes pero las autoridades judiciales se han mostrado incapaces para proteger los derechos humanos violados, a tal punto que habían pasado 10 años de demora injustificada en la resolución de algunos recursos. La CIDH consideró que las alegaciones anteriores podrían resultar en la violación, *inter alia*, del derecho a la libertad de asociación de los trabajadores contenido en el artículo 16 de la Convención Americana.⁸⁴⁴

(i) Finalmente, en la petición 71-03, la CIDH recibió la denuncia de los miembros fundadores del Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Educación de El Salvador a quienes el Estado les negaba el reconocimiento legal de su organización; por ello, consideraban que existía responsabilidad estatal por la violación del derecho de los trabajadores a organizar sindicatos contenido en el artículo 8.1 del Protocolo de San Salvador y del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana. De acuerdo con los peticionarios, ellos solicitaron en diferentes oportunidades, tanto al Ministerio de

⁸⁴⁴ CIDH, Informe N° 21/06. Petición 2893-02. Admisibilidad. Trabajadores de la Empresa Fertilizantes de Centroamérica (Costa Rica), 02 de marzo de 2006, párr. 1-18, 42-46 y punto resolutivo 1.

Interior como al Ministerio de Trabajo y Protección Social, el reconocimiento de su personalidad jurídica como sindicato, sin embargo, todas las veces les fue negado bajo el argumento de que el derecho a constituir sindicatos pertenece exclusivamente a los trabajadores y patronos privados, y de las instituciones autónomas, pero no de los empleados públicos. La organización sindical presentó un recurso de revocatoria ante el Ministerio de Trabajo quien resolvió declarando sin lugar el recurso por improcedente.⁸⁴⁵

Frente a esa decisión, los trabajadores interpusieron un recurso de amparo constitucional ante la Sala de lo Constitucional de Corte Suprema de Justicia, más de dos años después la Corte Suprema no había dado una respuesta sobre el fondo de dicho recurso. En su informe de admisibilidad, la CIDH señaló en la petición se planteaban cuestiones importantes sobre el contenido del derecho a la libertad de sindicación, en especial, a las facultades de las trabajadoras y trabajadores para constituir y afiliarse a las organizaciones de su elección y las restricciones permisibles a dicho derecho en un Estado democrático; y determinó que no resultaban manifiestamente infundados los argumentos esgrimidos por los trabajadores en cuanto a la posible vulneración del artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador y el artículo 25 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. En este sentido, concluyó que el caso era admisible en cuanto a la violación de los derechos anteriormente mencionados.⁸⁴⁶

Por su parte, (a) la Corte IDH mediante su competencia consultiva ha señalado que los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio, y de esta forma, el trabajo se constituye en una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus

⁸⁴⁵ CIDH, *Informe N° 23/06. Petición 71-03. Admisibilidad. Miembros del Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Educación. El Salvador*, 02 de marzo de 2006, párr. 1-8.

⁸⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 19-34 y punto resolutivo 1.

habilidades, aptitudes, y potencialidades, y alcance sus aspiraciones, en aras de lograr su desarrollo integral como ser humano. Por tal razón, el derecho laboral se presenta como un ordenamiento tutelar de los trabajadores, que regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, para que sea observado en todo momento y condición, en el sentido de que el respeto y garantía del goce y ejercicio de estos derechos se realicen sin discriminación alguna e independientemente de cualquier condición económica y social. Bajo estos parámetros, una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere inmediatamente su condición de trabajadora y los derechos laborales inherentes a la misma, independientemente de su situación migratoria en ese Estado de empleo. Para la Corte IDH, la importancia del ejercicio de los derechos laborales radica en que aseguran al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna; por ello, hay derechos laborales que son fundamentales y que requieren mayor atención por parte del Estado, entre los cuales podemos mencionar la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora y los derechos correspondientes a asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas, incluyendo seguridad e higiene, y descanso e indemnización.⁸⁴⁷

Es preciso dejar claro que la mención de estos derechos no implica la existencia de cierta jerarquía de los derechos humanos de los trabajadores, distribuidos en un grupo que pudiera constituir el “núcleo duro” y otro grupo que pudieran ser considerados secundarios, dado que de lo que se trata es de “poner énfasis sobre determinados derechos que destacan en la relación laboral y en las necesidades y expectativas de los trabajadores migrantes indocumentados y a cuya

⁸⁴⁷ Corte IDH, Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes... op. cit.*, párr. 133, 157-158.

observancia y garantía es preciso dedicar especial atención, sin menoscabo de la que se deba brindar a otros derechos no mencionados en esa relación”.⁸⁴⁸

La Corte IDH reconoce que la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos en general, normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y las personas sometidas a su jurisdicción (efecto vertical), sin embargo, señala que tales efectos también se proyectan en las relaciones entre particulares (efecto horizontal); esta cuestión es más evidente en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores. En este sentido, los Estados tiene la obligación de velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos de todos los trabajadores, ya que de lo contrario, podría resultar la responsabilidad estatal internacional. Bajo estos parámetros, los Estados no deben tolerar situaciones de discriminación, no deben permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. Esta obligación estatal encuentra su fundamento en la naturaleza tutelar de los derechos laborales, en el sentido que reconoce la relación desigual entre empleador y trabajador, en donde este último requiere mayor protección al ser la parte más vulnerable; así, los Estados deben velar por estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias *de jure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de los trabajadores, y entre ellos, a los

⁸⁴⁸ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes...* *op. cit.*, voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 34-35.

más vulnerables como son los trabajadores migrantes. Evidentemente, estos últimos cuando son indocumentados se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y discriminación, razón por la cual el Estado de empleo debe tomar todas las medidas necesarias para que se reconozca en la teoría y en la práctica que poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores, lo cual implica que éstos cuenten con todos los medios para ejercerlos.⁸⁴⁹

En el caso específico de los trabajadores migrantes, la Corte IDH ha señalado que la responsabilidad del Estado no sólo se limita a su actuación cuando funciona como empleador, sino que se extiende a la actuación de terceros que operen con su tolerancia, aquiescencia o negligencia, o respaldados por alguna política estatal que favorezca la creación o mantenimiento de situaciones de discriminación. Es muy importante destacar que el tribunal interamericano ha reconocido la necesidad del principio *pro homine* en relación con los derechos laborales, ya que al ser numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan estos derechos tanto a nivel interno como internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Por tanto, si una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. Y si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos en el ámbito interno, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente.⁸⁵⁰

(b) En el ámbito de su competencia contenciosa, el caso Baena Ricardo contra Panamá representa el asunto más importante que se le ha presentado a la Corte IDH en relación con los derechos laborales, sobre todo en el ámbito específico de la

⁸⁴⁹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes... op. cit.*, párr. 146-149 y 160.

⁸⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 149-152

libertad sindical. El caso fue sometido al tribunal interamericano por la CIDH el 16 de enero de 1998, el cual se originó en la denuncia número 11.325, recibida en la Secretaría de la CIDH el 22 de febrero de 1994. En ella se sostiene que el 16 de octubre de 1990 la Coordinadora de Sindicatos de Empresas Estatales presentó al Gobierno panameño, presidido en ese entonces por el señor Guillermo Endara, un pliego de peticiones de carácter laboral relativo a ciertos cambios propuestos en su programa político de Gobierno, los cuales, según la dirigencia sindical, afectaban a la clase trabajadora; un mes después, el Estado rechazó todas las solicitudes de los trabajadores, razón por la que éstos convocaron a una marcha el 04 de diciembre de 1990 y a un paro laboral de 24 horas que se efectuaría al día siguiente. El día en que los trabajadores realizaron la marcha, el ex jefe de la Policía Nacional, Coronel Eduardo Herrera Hassán y otros militares detenidos, escaparon de la cárcel de la Isla Prisión de Flamenco y tomaron el cuartel principal de la Policía Nacional durante la noche de ese día y parte del día siguiente. El Gobierno panameño vinculó este hecho con la marcha organizada por los dirigentes sindicales, razón por la cual los trabajadores decidieron suspender el paro el 05 de diciembre a las 7:30 de la mañana. Pese a ello, el Estado consideró que la acción sindical había sido una participación cómplice con el objetivo de derrocar al Gobierno constitucionalmente instalado y propuso el despido masivo de todos los trabajadores que habían participado en la marcha; para ello remitió un proyecto de ley a la Asamblea Legislativa aunque no esperó la aprobación y entrada en vigencia de dicha ley, y comenzó una política sistemática de despidos masivos de trabajadores de empresas públicas, que concluyó con la destitución de las 270 personas que denunciaron los hechos antes los órganos del Sistema Interamericano.⁸⁵¹

⁸⁵¹ Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Excepciones preliminares*, Sentencia de 18 de noviembre de 1999, párr. 1-2, literales a), b), c), d).

El 14 de diciembre de 1990 la Asamblea Legislativa aprobó el proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo y le llamó Ley 25, según la cual se debían adoptar medidas tendientes a proteger la democracia y el orden jurídico constitucional en las entidades gubernamentales con carácter retroactivo a diciembre de 1990. Sobre esta base, el procedimiento laboral en un Juzgado de Trabajo que debía seguirse conforme a la normativa vigente en el momento en que ocurrieron los hechos se reemplazó por un reclamo contencioso administrativo extraordinario totalmente ajeno al ámbito laboral. Evidentemente, todos los reclamos fueron desestimados en su totalidad por la Sala Contencioso-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia bajo el argumento de que la Ley 25 había dejado sin efecto o modificado parcialmente las leyes vigentes al momento en que se dieron los despidos. Frente a tales hechos, los 270 trabajadores presentaron la denuncia ante la CIDH, quien en octubre de 1997 aprobó el Informe N° 37/97 en el que concluyó que el Estado panameño había dejado de cumplir con las obligaciones emanadas del artículo 8 (derecho a las garantías judiciales), 9 (principio de legalidad y de irretroactividad), 10 (derecho a indemnización), 15 (derecho de reunión), 16 (derecho a la libertad de asociación), 24 (derecho a la igualdad ante la ley) y 25 (derecho a la protección judicial). La CIDH recomendó al Estado la reincorporación de los trabajadores despedidos por la Ley 25, que les reconozca los salarios caídos y los demás beneficios laborales a los que tienen derecho, y que se les pague una indemnización por los daños causados por el despido injustificado del que fueron objeto.⁸⁵²

Además, recomendó modificar, derogar o dejar sin efecto la Ley 25, que la expresión “penar sin previo juicio” del artículo 33 de la Constitución Política de Panamá sea debidamente interpretada para dar cumplimiento al compromiso asumido por el Estado de adecuar las normas de su legislación interna a las de la Convención Americana, y que la norma contenida en el artículo 43 de la

⁸⁵² *Ibíd.*, párr. 2, literales e) y f), y 3-8.

Constitución, la cual permite la retroactividad de las leyes por razones de “orden público” o “interés social”, sea enmendada y/o interpretada, en conformidad con el artículo 9 del Pacto de San José, en el sentido de que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable”. La CIDH transmitió al Estado el referido informe el 17 de octubre de 1997 y le otorgó el plazo de 2 meses para adoptar las recomendaciones precedentes. El 10 de diciembre del mismo año el Estado panameño rechazó el informe, por lo que la CIDH decidió presentar el caso ante la Corte IDH el 14 de enero de 1998.⁸⁵³

Luego de que la Corte IDH rechazara las excepciones preliminares presentadas por el Estado panameño, en el análisis del fondo del asunto la CIDH alegó en la audiencia pública y en sus alegatos finales que en el caso también debía aplicarse el Protocolo de San Salvador en su artículo 8 en tanto que con la aplicación de la Ley 25 el Estado panameño había afectado el ejercicio del derecho de huelga como una de las expresiones del derecho a la libertad de asociación sindical. Aunque Panamá sólo había firmado dicho Protocolo con anterioridad a los hechos pero no lo había ratificado, la CIDH argumentó que desde el momento en que el Estado lo firmó, se comprometió a abstenerse de realizar actos que contrariasen el objeto y fin del tratado y que conforme a los principios generales del derecho internacional, las obligaciones de los Estados surgen desde mucho antes de que éstos ratifiquen un tratado internacional; bajo estos parámetros, para la CIDH Panamá era responsable de la violación cometida por sus agentes con posterioridad a la firma del Protocolo de San Salvador, ya que las acciones del Estado contravinieron el objeto y fin del mencionado instrumento, en lo que respecta a los derechos sindicales de los trabajadores destituidos. Al respecto, la Corte IDH concluyó que los Estados tienen el deber de cumplir de buena fe los instrumentos internacionales que han ratificado, así

⁸⁵³ *Ibíd.*, párr. 8-10.

como de abstenerse de realizar actos contrarios al objeto y fin de los mismos, incluso desde el momento en que los firman, lo cual es aplicable en el caso de análisis respecto del Protocolo de San Salvador. No obstante, consideró que como al momento de los hechos denunciados, el Estado panameño todavía no lo había ratificado, no se le podían imputar violaciones del mismo, sin perjuicio de su deber a partir de la firma del Protocolo de San Salvador de abstenerse de realizar cualquier acto contrario al objeto y fin del mismo, aun antes de su entrada en vigor.⁸⁵⁴

En cuanto a la forma en que fueron despedidos los trabajadores la Corte IDH observó que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso en el sentido de que las personas tienen el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2 de dicho instrumento, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes, dentro del que se incluye el ámbito laboral. Por ello, en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso, dado que es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Así, las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo, laboral u otros, cuya decisión pueda

⁸⁵⁴ Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*, Sentencia de 02 de febrero de 2001, párr. 95-99.

afectar los derechos de las personas. Por todo ello, la Corte IDH consideró que los despidos, efectuados sin tales garantías, “tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana”.⁸⁵⁵

Por otro lado, con respecto a la violación del derecho a la libertad de asociación en relación con la libertad sindical, la Corte IDH consideró que ésta

[...] consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.⁸⁵⁶

Por ello, la libertad de asociación en materia sindical es fundamental para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores, y en los términos del artículo 16 de la Convención Americana comprende un derecho y una libertad; el *derecho* a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de dicha norma convencional, y la *libertad* de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador en su artículo 8 también recoge esta idea. Bajo estos parámetros, la Corte IDH consideró que el Estado panameño

⁸⁵⁵ *Ibíd.*, párr. 125-128 y 134.

⁸⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 156.

había vulnerados el derecho a la libertad de asociación de los trabajadores al expedir la Ley 25 quince días después de los hechos que dieron origen a la denuncia, es decir, que fue puesta en práctica con efectos retroactivos; al no observar la normativa referente al fuero sindical en relación con el despido de trabajadores; al obstruir las instalaciones e intervenir las cuentas bancarias de los sindicatos; y al despedir a numerosos trabajadores que eran dirigentes de organizaciones sindicales. Por tanto, el tribunal interamericano consideró que el Estado panameño estaba obligado a

[...] restablecer en sus cargos a las víctimas que se encuentran con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. En caso de no ser tampoco posible esto último, el Estado deberá proceder al pago de la indemnización que corresponda a la terminación de relaciones de trabajo, de conformidad con el derecho laboral interno. De la misma manera, a los derechohabientes de las víctimas que hayan fallecido el Estado deberá brindarles retribuciones por concepto de la pensión o retiro que les corresponda. Tal obligación a cargo del Estado se mantendrá hasta su total cumplimiento.⁸⁵⁷

(c) Finalmente, el caso *Huilca Tecse contra Perú* está relacionado con la ejecución extrajudicial del Secretario General de la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) por parte de un escuadrón de la muerte vinculado al Servicio de Inteligencia del Ejército del Perú. En este caso, el Estado aceptó su responsabilidad por la violación de los artículo 4 (derecho a la vida) y 16 (libertad de asociación en relación con la libertad sindical) de la Convención Americana; pese a este reconocimiento, la Corte IDH consideró necesario realizar algunas observaciones en las que ratificó y amplió el contenido de su jurisprudencia sobre el derecho a la sindicalización. En este sentido, el tribunal interamericano estableció que el derecho a la libertad de asociación contiene una dimensión individual y una dimensión social.

⁸⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 158-159, 166, 171-173, 183-184 y 203.

En virtud de la dimensión individual, las personas que están bajo la protección de la Convención Americana tienen el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan su ejercicio; lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo. Y en virtud de la dimensión social, las personas gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.⁸⁵⁸

Bajo esos parámetros, la CIDH resolvió que con la ejecución de este líder sindical, no sólo se había restringido la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de determinado grupo a asociarse libremente, sin miedo o temor. De esta forma, el tribunal interamericano ratificó que el artículo 16 de la Convención Americana tiene un alcance y un carácter especial en virtud de sus dos dimensiones. Por tanto, en su dimensión individual, la libertad de asociación en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad; y en su dimensión social la libertad de asociación es un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos.⁸⁵⁹

Sobre la base de todo lo anterior es claro que el derecho a la sindicalización está protegido bajo el artículo 16 de la Convención Americana, así como “cualquier medio apropiado” para ejercerlo, entre los que se cuenta la huelga. Por ello, la jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia nos lleva a preguntarnos por qué el Protocolo de San Salvador excluye la competencia de la CIDH y la Corte IDH para

⁸⁵⁸ Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, Sentencia de 03 de marzo de 2005, párr. 69.

⁸⁵⁹ *Ibid.*, párr. 70-72.

conocer asuntos relacionados con la violación del derecho de huelga,⁸⁶⁰ si se entiende que el propio tribunal interamericano considera que la huelga es un medio apropiado para ejercer la libertad de asociación en asuntos sindicales. Por tanto, debe entenderse que el derecho a la huelga está también protegido por el artículo 16 del Pacto de San José, como medio legítimo y adecuado de ejercer la libertad de asociación sindical, por lo que el Estado debe abstenerse de interferir en su ejercicio. De esta manera, “el ámbito entero de las protecciones sindicales —incluyendo el uso de herramientas legítimas en el arsenal de las herramientas organizativas de los sindicatos— puede considerarse como correcto, bajo el Artículo 16 de la Convención Americana”.⁸⁶¹

2.4.1.4. El derecho a la seguridad social.

El derecho a la seguridad social se encuentra reconocido en la Declaración Americana, en el Protocolo de San Salvador y en el artículo 26 de la Convención Americana vía referencia a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA. Así, el artículo XVI de la Declaración Americana señala que todas las personas tienen derecho “a la seguridad social que les proteja “contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad”, las imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia. Por su parte, el artículo 9 del Protocolo de San Salvador reconoce que

⁸⁶⁰ Recordemos que el numeral 6 del artículo 19 del Protocolo de San Salvador establece que en caso de violación del derecho establecido en el párrafo a) del artículo 8 (el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses) por una acción imputable directamente a un Estado Parte, podría dar lugar, mediante la participación de la CIDH, y cuando proceda de la Corte IDH, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana. Por lo tanto, queda excluido de este sistema de protección, el literal b) del artículo 8 (el derecho a la huelga).

⁸⁶¹ MELISH, Tara, “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, en GUTIÉRREZ, Juan Carlos (Coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, pp. 205-206.

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

Y finalmente, a través de remisión que hace el artículo 26 a las normas pertinentes de la Carta de la OEA, podríamos determinar el derecho a la seguridad social mediante su derivación de los artículos 45 literales *b)* y *h)* de la Carta de la OEA, los cuales establecen, en su orden, un régimen de salarios justos que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajadores y su familia, tanto en sus años de trabajo en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; y el desarrollo de una política eficiente de seguridad social como una de las condiciones para lograr un orden social. De acuerdo con el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, las medidas de protección de este derecho se limitan a un sistema de informes periódicos que los Estados tienen la obligación de presentar.

(a) En el Informe Anual de 1971, la CIDH aplaudió la adopción de medidas normativas e institucionales por parte de varios Estados para garantizar este derecho, entre ellas, la reorganización del Instituto Colombiano de Seguros Sociales para reincorporar a los beneficios del seguro social a sectores adicionales de la población como los extranjeros con contrato de trabajo, los trabajadores del sector público, los trabajadores independientes y autónomo, y las personas que integran los demás grupos de la población económicamente activa, rural o urbana, no comprendida en los literales anteriores, siempre que por ley no estuvieren afiliados en forma

obligatoria a otro régimen de previsión social de carácter oficial (Colombia); el desarrollo normativo de la norma constitucional que señala que se adoptarán todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional (Chile); y la reglamentación de la Ley de Seguro Social en lo que respecta a la implementación gradual y progresiva de la seguridad social y la cobertura de la misma (Honduras).⁸⁶²

(b) En su Informe anual de 1973, la CIDH también aplaude varias medidas adoptadas por los Estados americanos para garantizar el derecho a la seguridad social, entre ellas, la prioridad dada a todo solicitante de pensión a la vejez de ochenta o más años de edad para otorgar, tramitar y pagar dicho beneficio (Argentina); la creación del Instituto Boliviano de Seguridad Social (Bolivia); la adopción de Ley Orgánica de Providencia Social en la que se establece la seguridad de los medios indispensable de manutención, por motivo de edad avanzada, incapacidad, tiempo de servicio, prisión o muerte de aquellos de quienes dependían económicamente, a todas las personas que desempeñen empleos remunerados, así como a sus dependientes (Brasil); la reforma de la Ley de Pensiones y Jubilaciones de Guerra mediante la cual se establece que las personas que hubieren resultado incapacitadas total o parcialmente, tendrán preferencia en igualdad de condiciones sobre cualquier otra persona en las adjudicaciones de casas de habitación que hiciere el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo; y la ratificación del Convenio Multilateral de Seguridad Social, firmado por los Gobiernos de Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Honduras, Panamá y Nicaragua (Costa Rica); la garantía del derecho mínimo a las personas pobres que sean ancianas, ciegas o incapacitadas (Estados Unidos); se reglamenta la incorporación voluntaria al régimen obligatorio

⁸⁶² CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1971... op. cit.*, Parte I. 11.

del seguro social de los trabajadores domésticos (México); la creación del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, cuya finalidad consiste en eliminar injustas desigualdades y corregir las deficiencias en las prestaciones y en el financiamiento de los distintos regímenes de pensiones, con miras a brindar una protección más amplia y adecuada a los trabajadores (Perú); y la creación de la Comisión Nacional de Rehabilitación Profesional con el objetivo de atender la rehabilitación de quienes sufren incapacidades físicas o mentales, con el objeto de obtener su máxima recuperación e integrarlos a la comunidad como ciudadanos útiles (Venezuela).⁸⁶³

(c) Finalmente, en el Informe Anual de 1984-1985, la CIDH señaló que si bien el derecho a la seguridad social se encuentra estrechamente vinculado con el derecho al trabajo y en muchas situaciones cubre las provisiones concedidas a los trabajadores, también debe referirse a personas que no se encuentran trabajando mediante la inclusión de provisiones sobre el seguro de desempleo y otras disposiciones referidas a las prestaciones de salud y que están vinculadas con la consideración de ese derecho específico. En este sentido, la CIDH recomendó que al momento de incorporar normativamente el derecho a la seguridad social en un proyectado instrumento adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, debía tenerse muy en cuenta la experiencia con que cuenta la OIT en cuyo seno existen convenciones que regulan este derecho –como la Convención N° 102– y en los cuales son Estados Partes varios de los Estados miembros de la OEA.⁸⁶⁴

(a) En su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba (1983), la CIDH ratificaba lo sostenido por la OIT en el sentido de que la legislación cubana

⁸⁶³ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1973... op. cit.*, Parte I. 9.

⁸⁶⁴ CIDH, CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985... op. cit.*, Capítulo V. II.

es una de las más avanzadas en materia de seguridad social. Además, aplaudió la existencia de 59 hogares para ancianos a través de todo el país, en el cual habían 7.255 personas viviendo y en donde recibían gratis vivienda, comida, ropa, zapatos, atención médica, medicinas, recreación y una suma de dinero mensual. Por tanto, para la CIDH tanto jurídicamente como en la práctica la seguridad social y la asistencia social son derechos universales al alcance de la población cubana. En caso de desempleo, incapacidad, enfermedad, viudez, edad avanzada, u otra razón, los cubanos pueden recibir asistencia estatal, lo cual constituye un avance notable. También resaltó que las personas que reciben seguridad social y asistencia social no tienen que contribuir directamente a un fondo nacional para tener derecho a la asistencia, ya que el sistema es financiado a través del presupuesto del Estado. “El sistema está unificado y se aplica igualmente a través de todo el país, de conformidad con pautas universales. No existe discriminación evidente por razón de sexo, raza, lugar de residencia o cualquier otra categoría”.⁸⁶⁵

(b) En el Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú (2000), la CIDH manifestó su preocupación por las constantes denuncias respecto de los problemas que se presentan en el país en relación con el derecho a la seguridad social, sobre todo, por la adopción de varios decretos legislativos que desconocieron el principio de nivelación de pensiones que se encontraba consagrado en un decreto anterior, con lo cual se establecieron de manera retroactiva nuevos criterios, y se procedió a declarar ilegales pensiones que se habían otorgado bajo el sistema anterior, afectando directamente o indirectamente a miles de personas. Pese a que el Tribunal Constitucional peruano ha declarado inconstitucionales tales decretos, el Estado ha promulgado nuevas leyes de similar contenido, y que en los pocos casos en que los pensionistas han logrado demandar y ganar en un juicio, el Estado no ha

⁸⁶⁵ CIDH, *Séptimo informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba 1983... op. cit.*, Capítulo XI, párr. 9, 35 y 37.

cumplido con las sentencias definitivas y firmes dictadas en su contra. Frente a ello, la CIDH le recordó al Estado que debe tomar muy en cuenta sus obligaciones en materia de seguridad social que se ha comprometido a cumplir y que se derivan de la Declaración Americana y del Protocolo de San Salvador⁸⁶⁶

(c) Finalmente, en su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (2001), la CIDH manifestó que el derecho a la seguridad social en el país revela graves deficiencias y ratificó lo señalado en un estudio de la OIT en el sentido de que la situación de este derecho en Paraguay reviste características dramáticas, dado que sólo un porcentaje excesivamente bajo de la población tiene acceso al mismo. Entre los principales problemas encontrados, la CIDH mencionó la baja cobertura, los altos niveles de evasión y la poca transparencia, la falta de protección por invalidez, la dramática situación en el sector rural durante en casos de vejez y muerte, ya que las personas más protegidas se concentran en el área metropolitana de la capital, Asunción.⁸⁶⁷

En materia contenciosa, los órganos interamericanos han tratado el derecho a la seguridad social en relación con otros derechos humanos, particularmente con el derecho de propiedad o con las garantías judiciales. (a) Así, en el caso del Movimiento Vanguardia Nacional de Jubilados y Pensionistas del Uruguay se denunciada, *inter alia*, la violación del artículo XVI de la Declaración Americana, en el sentido de que mediante el Decreto 193/86 se habían reajustado los montos de las pasividades de jubilados y pensionistas en base a índices inferiores al Índice Medio de Salarios, creando discriminaciones injustificadas entre sus beneficiarios, ya que para un sector, los aumentos fueron superiores a dicho índice, mientras que para la

⁸⁶⁶ CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú 2000*, 2 de junio de 2000, Sección II. Capítulo VI. C., párr. 26-28.

⁸⁶⁷ CIDH, *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay 2001... op. cit.*, Capítulo V. E., párr. 43.

mayoría fueron inferiores al mismo, lo que en términos concretos afectó a alrededor de 600,000 personas, es decir, el 20% de la población, quienes ya están en su última etapa de vida y sin perspectiva alguna de recomenzar toda forma de esfuerzo.⁸⁶⁸

Debido a que no se demostró que no existía en la legislación uruguaya un recurso efectivo, que a los lesionados no se les haya permitido acceso al mismo o que hayan sido impedidos de agotarlo, o que haya habido retardo injustificado en la decisión sobre el mencionado recurso, la CIDH declaró inadmisibile el caso por la falta del requisito formal de agotar los recursos internos. No obstante, la CIDH consideró que haciendo abstracción de la cuestión de admisibilidad formal, no se pueden establecer revaluaciones de pasividades que sean inferiores a un índice común sin crear discriminaciones que violarían el principio de igualdad ante la ley que consagra el Artículo 24 de la Convención Americana. Y también recomendó al Gobierno de Uruguay que

en atención a razones de orden moral y de justicia social y a sus manifestaciones de que la presente es una cuestión abierta y aún pendiente de solución, en la medida de las disponibilidades económico-financieras del Estado, considere la adopción de medidas legislativas o de otro carácter, que deroguen el decreto 137/85 y sus efectos, haciendo posible la equiparación de los reajustes de pasividades correspondientes al año 1985 en función al Índice Medio de Salarios a todos los jubilados y pensionados, y su correspondiente actualización en los montos que perciben al presente; y en consecuencia, conforme a lo dispuesto en el Artículo 42 de la Convención, incorpore un capítulo atinente a la materia del caso en el informe anual a que se refiere dicho Artículo, a fin de posibilitar su seguimiento por parte de la Comisión.⁸⁶⁹

⁸⁶⁸ CIDH, *Informe N° 90/90. Caso 9893, Uruguay*, 03 de octubre de 1990, párr. 1-14 y 19-27 y puntos resolutivos 1 y 3.

⁸⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 19-27 y puntos resolutivos 1 y 3. "Paralelamente, esta Comisión toma nota con satisfacción de las medidas adoptadas por el Estado uruguayo, a través de sus diferentes poderes, con el objeto de ir remediando progresivamente la situación denunciada originalmente, ya por el fallo del Tribunal Contencioso-Administrativo y posteriormente por la aprobación de la Ley 15.900 que abarca

(b) En el caso 12.034, se denunciaba que el Estado peruano había violado los derechos a la propiedad privada, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial consagrados en los artículos 21, 24 y 25 de la Convención Americana en perjuicio de cinco pensionistas, quienes se habían desempeñado como funcionarios de la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú (SBS), que desde 1943 contaba con su propio fondo de pensiones. Una vez jubilados, la entidad redujo arbitrariamente los montos de las pensiones de las víctimas, y a pesar de haber logrado sentencias favorables que reconocían la violación de sus derechos, ninguna de ellas había podido ser ejecutada. Por tanto, la CIDH declaró admisible el caso y decidió proceder a conocer el fondo del asunto.⁸⁷⁰

En marzo de 2001, la CIDH aprobó el Informe N° 23/01 mediante el cual recomendó al Estado peruano, entre otras cosas, pagar a los cinco pensionistas la diferencia en el monto de las pensiones niveladas que les ha dejado de pagar desde noviembre de 1992 hasta la presente fecha; pagarles un pensión nivelada progresivamente con la remuneración del titular en actividad de la que haya ocupado el mismo puesto, o función análoga, a la que desempeñaban las víctimas para la fecha de su jubilación; y derogar y hacer cesar de manera retroactiva los efectos del Decreto Ley N° 25792. En diciembre de ese mismo año, la CIDH decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte IDH con el fin de que decidiera si el Estado violó los artículos 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 25 (Protección

hasta los reajustes de 1986, pero no los correspondientes a 1985. No escapa a la Comisión que la cuestión involucra complejos aspectos de política económica y financiera, de respeto de la competencia específica de los poderes del Estado así como procesos de decisión política que tienen su dinámica propia”.

⁸⁷⁰ CIDH, Informe N°89/99. Caso 12.034. Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Fernández, Reymer Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreyra (Perú), 27 de septiembre de 1999, párr. 1-9, 27-28 y puntos resolutivos 1-3.

Judicial) y 26 (Desarrollo Progresivo) de la Convención Americana,⁸⁷¹ lo cual analizaremos con mayor detalle en el siguiente apartado.

(c) En el caso 11.670, se hace constar que entre el 27 de diciembre de 1995 y el 30 de septiembre de 1999, la CIDH recibió varias peticiones de personas jubiladas y de varias organizaciones no gubernamentales en las que se denunciaba, por parte del Estado argentino, la violación, *inter alia*, de los derechos a la salud y al bienestar y a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social contenidos en los artículos XI, XVI, XXXV y XXXVII consagrados en la Declaración Americana, y los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en el Pacto de San José. En particular, los peticionarios cuestionaban la Ley 24.463, que permitía postergar la ejecución de las sentencias judiciales favorables con fundamento en la falta de recursos presupuestarios y posponer indefinidamente el cobro del reajuste del haber previsional; y denunciaban que varias personas jubiladas habían iniciado su reclamo administrativo sobre el reajuste de sus haberes previsionales ante la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), pero ante su falta de respuesta o, una vez obtenida una decisión con la cual no estuvieron de acuerdo, presentaron los recursos judiciales correspondientes sin que se hubiera obtenido una sentencia de carácter definitivo. En algunos casos, una vez que obtuvieron sentencia favorable de la Cámara de Seguridad Social (CSS), el ANSES interpuso el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual no al momento de la denuncia no había dictado decisión definitiva.⁸⁷²

En términos generales se puede decir que los denunciantes estaban sometidos a un círculo administrativo y judicial interminable que no lograba hacer efectivos sus derechos; así, en algunos casos existía retraso procesal en el sentido de no haberse

⁸⁷¹ Corte IDH, *Caso "Cinco pensionistas vs. Perú"*, Sentencia de 28 de febrero de 2003, párr. 2, 8-12.

⁸⁷² CIDH, *Informe N° 03/01, Caso 11.670, Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros (Sistema Previsional)*, Argentina, 19 de enero de 2001, párr. 3, 14, 16-21.

dictado sentencia definitiva, en otros se había dictado una sentencia definitiva con retraso, en otros casos no se habían ejecutado las sentencias por encontrarse en un orden de prelación, y en otros las sentencias se ejecutaron con retraso, y además, su ejecución había sido inadecuada. La CIDH se declaró competente para conocer el caso y sostuvo que una vez que el Pacto de San José entró en vigor en el Estado, ésta y no la Declaración Americana se había convertido en fuente primaria de derecho aplicable por ella, siempre que la petición se refiera a la presunta violación de derechos idénticos en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua. Como existía una similitud de materia entre las normas de estos dos instrumentos, la CIDH consideró que los derechos a la justicia y a la propiedad reconocidos en los artículos XVIII y XXII de la Declaración Americana se subsumían en los artículos 8 y 21 del pacto de San José. No obstante, en cuanto al derecho a la salud y al bienestar y a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social contenidos en los artículos XI, XVI, XXXV y XXXVII de la Declaración Americana, pero no protegidos de forma específica en el Pacto de San José, la CIDH consideró que tal circunstancia no excluía su competencia por razón de la materia, pues en virtud del artículo 29(d) de la Convención Americana “ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.⁸⁷³

Bajo estos parámetros, la CIDH concluyó que las alegaciones de los peticionarios no eran manifiestamente infundadas y que podrían caracterizar violaciones a las mencionadas normas; por tanto, consideró el caso en cuanto se refiere a presuntas violaciones al derecho a la preservación de la salud, al bienestar y al derecho a la seguridad social previstos en la Declaración Americana.⁸⁷⁴ Desde el

⁸⁷³ *Ibíd.*, párr. 40-42.

⁸⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 65 y punto resolutivo 1.

año 2003 las partes iniciaron un proceso de solución amistosa, en el marco del cual los peticionarios elaboraron un proyecto de ley para modificar la Ley 24.463, mientras que la Secretaría de Seguridad Social instruyó al ente competente a dar estricto cumplimiento a las sentencias judiciales firmes. Sin duda alguna, la importancia de este caso es que la CIDH reconoció su competencia contenciosa para conocer sobre presuntas violaciones autónomas de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Declaración Americana, con lo cual se abre un amplio abanico de posibilidades de justiciabilidad de estos derechos en el Sistema Interamericano. Si bien el proceso de solución amistosa se constituye en un espacio provechoso para lograr reparaciones efectivas frente a violaciones de derechos económicos, sociales y culturales, sería interesante ver hasta dónde es posible llegar en un caso si no se dieran las condiciones para una solución de este tipo.

(d) En el caso 11.500, se denunciaba la violación, *inter alia*, del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo XVI de la Declaración Americana en perjuicio del señor Tomás Eduardo Cirio. De acuerdo con el peticionario, desde el 04 de julio 1972, tras celebrarse la Asamblea del Centro Militar, el peticionario quien es un mayor retirado del Ejército, renunció al Centro por medio de una carta en donde hacía valoraciones sobre el necesario respeto de los derechos humanos en el marco de la lucha antsubversiva por parte de las Fuerzas Armadas en el Uruguay. Desde ese momento no dejó de sufrir sanciones en represalia por haber opinado libremente. Una de ellas fue su eliminación del registro social y su sometimiento a la jurisdicción de un Tribunal de Honor, quien en noviembre de 1972 decidió degradarlo y pasarlo a situación de reforma, lo cual implicó una afectación a su honor y su reputación, a sus derechos remuneratorios y a su derecho a asistencia sanitaria. En 1994, el Ministerio de Defensa resolvió restituir parcialmente sus derechos y en 1997 se le reconoció nuevamente su calidad de retirado, dejando sin efecto su situación de reforma pero

sin derecho a retroactividad alguna, ni indemnización por los daños morales sufridos durante 25 años de la situación de reforma.⁸⁷⁵

En consideración de tales hechos, la CIDH concluyó que el caso era admisible con respecto a los artículos II, IV, V, XVI y XXVI de la Declaración Americana y los artículos 5, 8, 9, 10, 11, 13, 24 y 25 del Pacto de San José; y decidió continuar con el análisis del fondo del caso.⁸⁷⁶ No obstante, en el informe sobre fondo del asunto, la CIDH señaló que no encontró cuestiones autónomas que discutir respecto de la presunta violación del derecho a la seguridad social consagrados en el artículo XVI de la Declaración Americana, puesto que ya se había referido al respecto en sus conclusiones sobre la violación a los derechos establecidos en los artículos 11 (protección de la honra y la dignidad), 13 (Libertad de pensamiento y expresión), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) del Pacto de San José. Aunque hubiera sido significativo que la CIDH considerara la violación autónoma del artículo XVI de la Declaración Americana, al menos recomendó al Estado incrementar el haber de retiro de la víctima en un 25% desde el 4 de septiembre de 2006, a modo de renta vitalicia; pagar una indemnización, cuyo monto ascendería a 24 veces el haber de retiro correspondiente a julio de 2005, pagadero de conformidad con la reglamentación que se establezca al respecto; y reconocer y disponer que al General Tomas Cirio le corresponden el usufructo de los beneficios de su grado, los honores que correspondan al mismo, la sanidad militar y la eliminación del legajo personal de las constancias indebidas.⁸⁷⁷

(e) En la petición 12.357 se denunciaba que los jubilados de la Contraloría General de la República del Perú, venían gozando del derecho a una pensión de

⁸⁷⁵ CIDH, *Informe N° 119/01. Caso 11.500. Tomás Eduardo Cirio (Uruguay)*, 16 de octubre de 2001, párr. 1-27.

⁸⁷⁶ *Ibíd.*, párr. 43-44 y puntos resolutivos 1-5.

⁸⁷⁷ CIDH, *Informe N° 124/06. Caso 11.500, Fondo. Tomás Eduardo Cirio (Uruguay)*, 27 de octubre de 2006, párr. 125 y 143.

cesantía y jubilación reajutable y renovable en función de la remuneración, gratificaciones y bonificaciones de los trabajadores en actividad de esa institución. El 07 de julio de 1992 y el 17 de marzo de 1993 se aprobaron el Decreto Ley N° 25.597 y el Decreto Supremo N° 036-93-EF, respectivamente, en virtud de los cuales se operó la transferencia del pago de dichas pensiones al Ministerio de Economía y Finanzas y se suprimió simultáneamente el derecho de los peticionarios a que sus pensiones se nivelaran con los servidores en actividad de la misma entidad y se los niveló a la escala de haberes del Ministerio de Economía y Defensa. Frente a ello, interpusieron una acción de amparo ante el juzgado competente solicitando la restitución de derechos de pensión, cesantía y jubilación reajutable y renovable. En primera instancia, la acción fue declarada improcedente pero fue revocada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior declarando inaplicable a los peticionarios lo dispuesto por los artículos pertinentes de los decretos en cuestión y ordenando a la Contraloría pagar a los integrantes de la Asociación las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones debidas.⁸⁷⁸

La Contraloría interpuso un recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia quien declaró la nulidad de la sentencia anterior y confirmando así la sentencia de primera instancia. Los peticionarios recurrieron este último fallo mediante un recurso extraordinario interpuesto ante el Tribunal Constitucional, que resolvió revocar la sentencia de la Corte Suprema y reformándola parcialmente confirmó la sentencia expedida por el tribunal de primera instancia. Sin embargo, pese a que se instauró el proceso de ejecución de dicha sentencia y se libraron oficios, requerimientos y gestiones a fin de que la Contraloría cumpliera con ella, no había sido posible hasta la fecha de la presentación de la denuncia ante la CIDH. En este contexto, los peticionarios alegaron que tenían el derecho legalmente adquirido de

⁸⁷⁸ CIDH, *Informe N° 47/02. Admisibilidad. Petición 12.357. Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República (Perú)*, 09 de octubre de 2002, párr. 1-8.

percibir iguales bonificaciones y gratificaciones que las percibidas por los servidores en actividad de la Contraloría General de la República, por lo que el Estado habría violado sus derechos a las garantías judiciales y a la propiedad, garantizados en los artículos 8, 21 y 25 de la Convención Americana. En su resolución, la CIDH declaró admisible la petición respecto a eventuales violaciones a los artículos mencionados y decidió continuar con el análisis del fondo de la cuestión.⁸⁷⁹

(a) Por último, la Corte IDH tuvo la oportunidad de conocer un caso en el que se denunciaba la modificación del régimen de pensiones que venían disfrutando las víctimas, de conformidad con la legislación peruana vigente hasta 1992. En este caso, conocido como ‘Cinco pensionistas’ vs. Perú”, la demanda se presentó ante el tribunal interamericano el 4 de diciembre de 2001 con el fin de que estableciera si el Estado peruano había violado los artículos 21 (Derecho a la propiedad privada), 25 (Protección judicial) y 26 (Desarrollo progresivo) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno). Como hemos visto, pese a que la denuncia se refería a la violación de algunos componentes del derecho a la seguridad social, los peticionarios no invocaron la contravención del artículo XVI de la Declaración Americana en conexión con el artículo 9 del Protocolo de San Salvador, ni la del artículo 9 del PIDESC en relación con el artículo 29 literal d) de la Convención Americana.

Debido a lo importante y emblemático que es este caso con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, en el sentido de que fue la primera vez en que la Corte IDH tuvo la oportunidad de referirse al desarrollo progresivo de estos derechos, consagrado en el artículo 26 del Pacto de San José, me permito realizar un análisis del mismo de una forma más amplia y de manera independiente en el

⁸⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 9-13, 26-28 y puntos resolutivos 1-4.

siguiente apartado. Pero antes quisiera destacar lo llamativo que resulta que tanto los peticionarios en este caso como en el de la Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República, no invocaran directamente la violación al derecho a la seguridad social, lo cual podría sugerir una cuestión de estrategia en el sentido de entender que es más factible que los órganos del Sistema Interamericano accedan a conocer un derecho civil y político en clave social (el derecho de propiedad en relación con el derecho a la seguridad social, por ejemplo) o un derecho económico, social y cultural en conexión con un derecho civil y político (el derecho a la salud en relación con el derecho a la vida, por ejemplo), que de manera autónoma. Sobre este asunto volveremos más adelante en el apartado 2.4.3.

2.4.2. El caso “Cinco pensionistas”: Una pequeña victoria individual y una gran derrota colectiva.

Hemos visto que son pocos los casos que los órganos del Sistema Interamericano han conocido a fondo en materia de derechos económicos, sociales y culturales, lo cual ha limitado la producción de jurisprudencia suficiente para determinar el contenido de tales derechos y el alcance de las obligaciones estatales correspondientes. Si bien las posibilidades normativas no son tan amplias como en el caso de los derechos civiles y políticos, al menos el artículo 26 de la Convención Americana y los artículos 8 y 13 del Protocolo de San Salvador son los puentes existentes en el Sistema Interamericano para acceder al mundo de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por eso, la importancia del caso “Cinco pensionistas” radica en que es el primer caso que se le presenta a la Corte IDH para que decida sobre la violación de un derecho económico, social y cultural (el derecho a la seguridad social) en virtud del principio de desarrollo progresivo/prohibición de regresividad, establecido en el artículo 26 del Pacto de San José. Sin embargo, los resultados de la decisión del

tribunal interamericano han tenido una doble vía, pues por un lado, representó una victoria individual para cada uno de los cinco peticionarios, pero por otro, se constituyó en una derrota colectiva para toda la población del Perú, y en un obstáculo para avanzar en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante su justiciabilidad.

En su denuncia, la CIDH alegó la violación del derecho a la propiedad, a la protección judicial y a la obligación de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados, en su orden, en los artículos 21, 25 y 26 de la Convención Americana. Los representantes de las víctimas agregaron además la violación al derecho a las garantías judiciales contenido en el artículo 8 del mismo instrumento.⁸⁸⁰

2.4.2.1. El contexto del caso.

Los cinco pensionistas del caso se habían desempeñado como funcionarios de la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú (SBS), que desde 1943 contaba con su propio fondo de pensiones. Entre 1975 y 1990, y después de más de 20 años de servicio en la Administración Pública, los peticionarios se retiraron en el marco del régimen del Decreto Ley N° 20530, mediante el cual el Estado les reconoció su derecho a una pensión de cesantía nivelable progresivamente, de conformidad con la remuneración de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, que ocuparan el mismo puesto o función análoga al que desempeñaban los pensionistas al momento en que cesaron de trabajar para la SBS. Las nivelaciones de las pensiones de los cinco pensionistas se realizaron de forma sucesiva y periódica

⁸⁸⁰ El caso “Cinco pensionistas vs. Perú” fue el primer asunto que la Corte IDH conoció después de entrada en vigor de su actual Reglamento, en virtud del cual una vez “admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso” (art. 23.1 [art. 24.1 con la última reforma] Participación de las presuntas víctimas).

cada vez que se producía un incremento por escala en las remuneraciones de los trabajadores y funcionarios activos de la SBS.⁸⁸¹

Sin embargo, en abril de 1992 la SBS suspendió el pago de la pensión del señor Reymert Bartra Vásquez y, en septiembre de ese mismo año, redujo el monto de la pensión de los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández y Maximiliano Gamarra Ferreyra, en aproximadamente un 78%, sin previo aviso ni explicación alguna. El 14 de octubre de 1992 se promulgó el Decreto-Ley N° 25792, mediante el cual se autorizó a la SBS a establecer un programa de incentivos para la renuncia voluntaria de sus trabajadores y, de conformidad con el artículo 5 de dicho decreto, se transfirió al presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas la recaudación de las aportaciones y la atención de las pensiones, remuneraciones o similares que correspondería pagar a la SBS a sus pensionistas, jubilados y cesantes comprendidos en el régimen del Decreto Ley N° 20530. Bajo este nuevo marco legal, se modificó la forma de calcular las pensiones a los ex empleados de la SBS, con el fin de justificar o legalizar las reducciones que habían iniciado a partir de 1992.⁸⁸²

Cada una de las víctimas interpuso un recurso de amparo contra la SBS, los cuales fueron declarados fundados por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencias definitivas, las cuales fueron debidamente publicadas en el Diario Oficial El Peruano. En la vía de ejecución de sentencia los correspondientes Juzgados Especializados en lo Civil de Lima emitieron resoluciones a través de las cuales ordenaron a la SBS y al Ministerio de Economía y Finanzas que cumplieran con lo dispuesto en las sentencias definitivas mencionadas. No obstante, la SBS solamente cumplió con reintegrar a las presuntas víctimas las

⁸⁸¹ Corte IDH, *Caso "Cinco pensionistas vs. Perú"*... *op. cit.*, párr. 88.a)-e). En adelante, cuando cito párrafos me refiero a este caso, salvo indicación en contrario.

⁸⁸² Párr. 88.f)-g).

diferencias entre la pensión recibida y la que venían devengando de forma nivelada, en lo correspondiente a los meses de abril a octubre de 1992 -en el caso del señor Reymert Bartra Vásquez- y en lo correspondiente a los meses de septiembre y octubre de 1992 -en el caso de los otros cuatro pensionistas-. En 1995 la SBS emitió cinco resoluciones con el propósito de que se cumpliera con lo dispuesto en las referidas sentencias, es decir, ordenó que se nivelara la pensión de los cinco pensionistas con base en las remuneraciones que percibían los servidores activos de la SBS de la misma categoría o equivalente en la oportunidad en que se dieron los reajustes de salarios, así como que se efectuaran los reintegros correspondientes, de conformidad con los cálculos dispuestos en dichas resoluciones. Al mismo tiempo, dispuso que las mismas se transmitieran al Ministerio de Economía y Finanzas para los fines pertinentes, sin embargo, estas resoluciones no fueron cumplidas.⁸⁸³

En marzo de 2002, justo después de que la CIDH emitiera una decisión sobre el fondo del caso en la que consideraba que Perú era responsable de violaciones a la Convención Americana, y después de iniciado el procedimiento contencioso ante la Corte IDH, la SBS resolvió dar cumplimiento a las resoluciones de la SBS expedidas en 1995, deduciéndose de la suma a pagar a los cinco pensionistas las cantidades que el Ministerio de Economía y Finanzas les hubiera abonado, en aplicación del Art. 5° del Decreto Ley N° 25792, entre el 01 de noviembre de 1992 y el 23 de enero de 2002. En el artículo tercero de estas resoluciones de 2002, la SBS dejó a salvo el derecho a deducir, de acuerdo al fallo que emita la Corte IDH, el importe que pudiese resultar en exceso al darse cumplimiento a las resoluciones mencionadas. Ese mismo mes, la SBS pagó a los cinco pensionistas las cantidades correspondientes a los reintegros de los montos de las pensiones nivelables dejados de percibir desde noviembre de 1992 hasta febrero de 2002, lo cual no incluía el pago de intereses. Además, fueron restablecidas las pensiones niveladas y, a partir de abril de 2002, los cinco

⁸⁸³ Párr. 88.h)-k).

pensionistas comenzaron a recibir periódicamente el pago nivelado de sus pensiones.⁸⁸⁴

Aunque en este caso la Corte IDH hubiera podido analizar el derecho a percibir las pensiones niveladas como manifestación del derecho a la seguridad social por vía del artículo 26 de la Convención Americana, aproximándose a la cuestión de la prohibición de regresividad, finalmente se decantó por analizarlo por la vía indirecta de traducirlo o conectarlo con el derecho a la propiedad, cuyas ventajas y desventajas analizaremos más adelante.

2.4.2.2. La decisión de la Corte IDH acerca de la protección del derecho a la seguridad social mediante su conexión con algunos derechos civiles y políticos.

Anteriormente señalamos que una de las vías indirectas para proteger judicial o cuasi-judicialmente un derecho económico, social y cultural es mediante su conexión con un derecho civil y político. En el caso “Cinco pensionistas”, los hechos alegados constituían una violación del derecho a la seguridad social en conexión con el derecho a la propiedad, el derecho a la protección judicial y el derecho a las garantías judiciales, consagrados, en su orden, en los artículos 21, 25 y 8 de la Convención Americana.

(a) En relación con la violación del derecho a la propiedad, la CIDH alegó que el Estado peruano había violado el artículo 21 del Pacto de San José en tanto disminuyó sustancialmente mediante una ley, el monto de las pensiones niveladas que percibían las víctimas desde su jubilación. Para este órgano interamericano, el derecho a percibir una pensión de jubilación calculada con el Decreto-Ley N° 29530

⁸⁸⁴ Párr. 88.1)-o).

se había convertido en un bien que ingresó al patrimonio de los cinco pensionistas y por ello gozaban de todas las garantías establecidas en el artículo 21.⁸⁸⁵

Por su parte, los representantes de las víctimas y sus familiares alegaron que éstas habían sido privadas de forma ilegal e inconstitucional de los recursos económicos que representaban sus pensiones completas, niveladas. En este sentido, la reducción de las pensiones se realizó primero como una retención de hecho y luego fue pretendidamente legalizada mediante la aplicación retroactiva de “topes pensionarios” establecidos por el Decreto-Ley N° 25792, lo cual significó un menoscabo sustancial en el patrimonio de los cinco pensionistas y tuvo connotaciones confiscatorias. Además, dicha reducción no se basó en una decisión fundamentada en razones de utilidad pública o interés social, ni en algún criterio de razonabilidad, y si así hubiera sido, tampoco se realizó conforme a las formas establecidas por la ley y las reglas del debido proceso. Por lo tanto, la afectación del derecho a la propiedad privada se realizó fuera del ámbito permitido por la Convención Americana. Bajo estos parámetros, la reducción unilateral de las pensiones constituyó una expropiación ilegítima e indebida de un patrimonio del que las víctimas eran legalmente las propietarias.⁸⁸⁶

En su análisis, la Corte IDH se planteó dos interrogantes. En primer lugar, si las víctimas tenían derecho a una pensión, ante lo cual observó que no existía controversia entre las partes acerca de si las víctimas tenían o no ese derecho, ya que

⁸⁸⁵ Párr. 90. En el caso 11.673, la CIDH había adoptado una concepción restrictiva del derecho de propiedad cuando declaró inadmisibles las denuncias de Santiago Marzióni contra Argentina en la que alega que el establecimiento de un tope legal en el monto indemnizatorio afectaba su derecho de propiedad, condenándolo a recibir una reparación menor de la que hubiera obtenido antes de la vigencia de dicho tope. En su resolución, la CIDH concluyó “que la discusión sobre el monto de una potencial indemnización de daños y perjuicios que tenga como causa un accidente laboral planteada ante los tribunales nacionales, no constituye *per se* una cuestión sobre el derecho de propiedad en el sentido del artículo 21 de la Convención”, en CIDH, *Informe N° 39/96. Caso 11.673 (Argentina)*, 15 de octubre de 1996, párr. 1-5 y 26-30.

⁸⁸⁶ Párr. 91.

todas estaban de acuerdo en que una vez que los cinco pensionistas dejaron de trabajar en la SBS, obtuvieron el derecho a la pensión de cesantía bajo el régimen establecido en el Decreto-Ley N° 20530. En segundo lugar, si los parámetros utilizados por el Estado para reducir o recalcular los montos de las pensiones configuraban una violación del derecho de propiedad. El tribunal interamericano observó que sobre este asunto recaía la controversia entre las partes, por lo que consideró necesario analizar principalmente si el derecho a la pensión puede considerarse un derecho adquirido y qué implicaciones tiene; y los parámetros que debían tenerse en cuenta para cuantificar el derecho a la pensión, y si se podían poner límites a éste.⁸⁸⁷

En cuanto a lo primero, la Corte IDH concluyó que tal controversia había sido resuelta por la Constitución Política del Perú y por el propio Tribunal Constitucional peruano, ya que la primera establece que: “Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias” (Primera Disposición Final y Transitoria); por su parte, el Tribunal Constitucional ha indicado reiteradamente que: “Una correcta interpretación de tal disposición no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530, entendiéndose por derechos adquiridos ‘aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos’”.⁸⁸⁸ Por tanto, tanto para la norma suprema como para su intérprete, las pensiones niveladas de los cinco pensionistas constituyen un derecho adquirido que se han incorporado a sus patrimonios.⁸⁸⁹

⁸⁸⁷ Párr. 94-95.

⁸⁸⁸ Párr. 98.

⁸⁸⁹ Párr. 99-100.

Además, en virtud de lo señalado en el artículo 29.b) de la Convención Americana en el sentido de que ninguna disposición de ésta puede ser interpretada para “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes”, el artículo 21 de este mismo instrumento relativo al derecho a la propiedad “protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley N° 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas”. Por tanto, para la Corte IDH, desde el momento en que los cinco pensionistas pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se ampararon al régimen de jubilaciones previsto en el decreto-ley mencionado, conquistaron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en él, lo cual fue amparado por las respectivas sentencias de garantías, que al ser incumplidas por los órganos estatales pertinentes, generó una afectación al patrimonio de las víctimas, y en consecuencia, hizo que el Estado incurriera en una violación del artículo 21 de la Convención Americana.⁸⁹⁰

Dilucidado el hecho de que los cinco pensionistas tenían un derecho adquirido al pago de una pensión nivelada, el tribunal interamericano pasó a determinar si el Estado podía restringir, modificar o limitar ese derecho. De conformidad con el artículo 21 del Pacto de San José, la Corte IDH señaló que en cuanto a las pensiones, los Estados pueden reducirlas únicamente por la vía legal adecuada y mediando razones de utilidad pública o interés social. A su vez, el artículo 5 del Protocolo de

⁸⁹⁰ Párr. 101-103 y 115. En el pie de página 150 de la sentencia, la Corte IDH recuerda su definición de “bienes” como “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”, en Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein*, Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 122.

San Salvador sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. Aunado a ello, si tal restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana.⁸⁹¹ Esta cuestión nos plantea una gran paradoja, en el sentido de que si las pensiones son consideradas como parte del haber patrimonial de las personas, el Estado puede limitar el uso y goce de dicha propiedad por razones de interés social. En este sentido, al no reconocer la Corte IDH el carácter social de las pensiones, abre las puertas para que éstas –que son créditos sociales- sean limitadas o restringidas apelando a criterios de interés social. Parece que, en el análisis del tribunal interamericano, puede presentarse la posibilidad de que un Estado pueda limitar un bien social en nombre de otro bien social.⁸⁹²

Además, parece que no hay claridad de la Corte IDH respecto de la naturaleza del derecho a las pensiones en su análisis, puesto que por un lado parece que tiene ante sí un derecho civil cuando analiza las pensiones en términos de propiedad, y en consecuencia sujeta su limitación a la existencia de fines de utilidad pública o interés social, y al empleo de la “vía legal adecuada”, pero por el otro, parece que está tratando con un derecho económico, social y cultural cuando analiza las pensiones en términos de prestación social, dado que recurre al Protocolo de San Salvador para señalar los requisitos de su posible limitación.⁸⁹³ En virtud de lo anterior se pueden concluir dos cosas, o la Corte IDH entiende que el derecho de propiedad tiene una

⁸⁹¹ Párr. 116.

⁸⁹² COURTIS, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, N°6, ITAM, Departamento de Derecho, México, 2004, p. 50.

⁸⁹³ *Ibíd.*, p. 51.

naturaleza híbrida, cuyas manifestaciones se proyectan como un derecho civil y como un derecho económico, social y cultural, dependiendo de las circunstancias, o simplemente confunde los parámetros de su análisis.

Pese a la invocación que hace al Protocolo de San Salvador, la Corte IDH no profundiza en las limitaciones sustantivas impuestas a la potestad del Estado para restringir los derechos económicos, sociales y culturales, aunque al menos sí establece ciertas limitaciones formales como la necesidad de realizar una restricción mediante una ley formal y a través de la apertura de un procedimiento administrativo, judicial o de cualquier otro carácter con pleno respeto de las garantías judiciales que permitan a las posibles víctimas defender sus derechos.⁸⁹⁴ De cualquier manera, no deja de ser positivo que la Corte IDH haya utilizado los principios de interpretación sobre limitación y restricción de los derechos contenidos en el Protocolo de San Salvador, sólo hay que esperar a que en futuras sentencias profundice al respecto y haga un uso correcto de los mismos.

Finalmente, hay que señalar que la Corte IDH también pudo abordar la violación alegada del derecho a la seguridad social en los términos del artículo 26, porque tanto éste como el artículo 21 le ofrecían una base convencional sólida para la protección del derecho a las pensiones que incluso el Estado denunciado reconocía a los cinco pensionistas. Tal parece que el tribunal interamericano optó por abordar dicha violación desde el prisma del derecho a la propiedad (artículo 21) para no entrar en el controvertido campo de las políticas públicas sobre pensiones, lo cual puede admitirse como parte de su legítima discreción judicial y de economía procesal.⁸⁹⁵ De cualquier forma, se debe reconocer que la amplitud de la construcción

⁸⁹⁴ Párr. 117-118.

⁸⁹⁵ Para una crítica del análisis que hace la Corte IDH sobre las pensiones vinculadas al derecho a la propiedad, véase MELISH, Tara, "A pyrrhic victory for Peru's pensioners: Pensions, property, and the

que hace la Corte IDH del derecho de propiedad, es un buen ejemplo de cómo es posible incrementar cada vez más la protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través de una interpretación extensiva de los tradicionales derechos civiles y políticos.

(b) Con respecto al derecho a la protección judicial, tanto la CIDH como los representantes de las víctimas señalaron que ante la reducción de sus pensiones por parte de la SBS, interpusieron las acciones de amparo como medio idóneo para defender sus derechos, logrando que en las sentencias de 2 de mayo, 28 de junio, 1 y 19 de septiembre, y 10 de octubre de 1994, la Corte Suprema de Justicia ordenara el pago de las pensiones niveladas; no obstante, la SBS desconoció las sentencias anteriores y sólo pagó parcialmente la diferencia en el monto de las pensiones. Tampoco cumplió con las resoluciones administrativas que ella misma emitió en 1995, mediante las cuales decidía acatar las referidas sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Ante este incumplimiento, los peticionarios interpusieron acciones de cumplimiento y en las correspondientes sentencias, dictadas el 9 de julio de 1998, 3 de agosto de 2000 y 21 de diciembre de 2000, el Tribunal Constitucional ordenó a la SBS cumplir con lo dispuesto en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia. En virtud de lo anterior, la CIDH y los representantes de las víctimas alegaron que el Estado había violado el derecho a la tutela judicial efectiva al no ejecutar las sentencias definitivas que ordenaban el pago de las pensiones niveladas, lo cual había generado graves perjuicios a las víctimas en el marco de la falta de seguridad jurídica que tal incumplimiento. En palabras de la CIDH, “[e]l cumplimiento de las sentencias no puede quedar al arbitrio de la parte que perdió el litigio, mucho menos cuando quien perdió el litigio es un órgano del Estado”.⁸⁹⁶

perversión of progressivity”, en *Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Número I, Año I, San José, Costa Rica, diciembre de 2005, pp. 55-57.

⁸⁹⁶ Párr. 122-123.

Este aspecto era más sencillo de establecer por parte de la Corte IDH, ya que el asunto tratado no consistía en la ausencia de un recurso sencillo y rápido sino que se trataba de una cuestión de “cosa juzgada”, por lo que debía nada más si Perú había violado el artículo 25 de la Convención Americana al no dar cumplimiento a las sentencias emitidas por los más altos tribunales del país y que favorecían a los cinco pensionistas. En este sentido, la Corte IDH reiteró lo señalado en otros casos en relación con que no es suficiente la existencia formal de un recurso en la ley, sino que puedan ser efectivos en la práctica; por tanto, cuando una decisión judicial no es cumplida por las autoridades competentes hace que los recursos interpuestos se vuelvan inefectivos. En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de las sentencias judiciales que ordenaban a la SBS pagar las pensiones niveladas a los cinco pensionistas constituye una violación del artículo 25 del Pacto de San José.⁸⁹⁷

Tal como lo señala Courtis, de la conclusión a la que llega el tribunal interamericano se puede derivar que si el derecho interno de un Estado ofrece recursos judiciales para tutelar los derechos económicos, sociales y culturales, el incumplimiento de una sentencia que garantice uno de esos derechos constituye una violación al artículo 25. Además, como esta norma obliga al Estado Parte a proveer recursos sencillos y rápidos u otros recursos efectivos, no sólo en caso de transgresión de los derechos contenidos en la Convención Americana, sino también en las leyes o constituciones nacionales; en este sentido, teniendo en cuenta el generalizado reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en el constitucionalismo latinoamericano, es posible que en futuro se pueda alegar ante los órganos interamericanos la violación del artículo 25 por parte de un Estado que

⁸⁹⁷ Párr. 136-141.

reconoce constitucionalmente ciertos derechos pero no provea los recursos judiciales efectivos para su tutela.⁸⁹⁸

Es evidente que fue fácil para la Corte IDH llegar a la conclusión de que se había violado el artículo 25 de la Convención Americana, ya que como lo ha señalado el juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, con la “referencia al recurso efectivo entramos a la parte más sólida del terreno en que se asienta la Sentencia”,⁸⁹⁹ y sobre la cual, obviamente, el tribunal interamericano se siente más cómoda.

(c) Finalmente, en relación con el derecho a las garantías judiciales la Corte IDH observó la controversia que existió entre la CIDH y los representantes de las víctimas, ya que estas últimas alegaron que habían sido ineficaces los recursos penales que interpusieron algunos pensionistas para intentar que se cumplieran las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, lo cual constituyó una violación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en los artículos 8.1 y 25 de la Convención. La CIDH sostuvo que si bien tales alegatos fueron efectuados por los peticionarios en su petición original ante ella, este órgano interamericano no determinó la existencia de las alegadas violaciones ni en su informe de fondo ni en su demanda ante la Corte IDH. De cualquier manera, la CIDH consideró que al tratarse de calificaciones jurídicas adicionales respecto a los mismos hechos, tales argumentos podrían ser conocidos por el tribunal interamericano en virtud del principio *iura novit curia*.⁹⁰⁰

La Corte IDH consideró que no era admisible alegar nuevos hechos distintos de los planteados en la demanda, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan

⁸⁹⁸ COURTIS, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ... *op. cit.*, p. 54.

⁸⁹⁹ Voto razonado del juez de Roux Rengifo.

⁹⁰⁰ Párr. 122.

explicar, aclarar o desestimar los que han sido mencionados en la misma, o bien, responder a las pretensiones del demandante. Aclaró que era diferente en el caso de los hechos supervivientes ya que se presentan después de que se ha planteado o contestado la demanda, o se han evacuado las pruebas, por lo que es una información que puede ser remitida al tribunal en cualquier estado del proceso antes de dictarse de la sentencia. En lo que se refiere a la incorporación de otros derechos distintos de los comprendidos en la demanda presentada por la CIDH –como lo era el caso que analizamos- la Corte IDH consideró que los peticionarios pueden invocar tales derechos, dado que son ellos los titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, y no admitirlo sería una restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No obstante, el tribunal interamericano concluyó que no correspondía emitir un pronunciamiento sobre la alegada violación del artículo 8 del Pacto de San José, debido a que en el expediente no había suficientes elementos probatorios sobre este asunto.⁹⁰¹

En palabras de Courtis, con la negativa de la Corte IDH de emitir un pronunciamiento sobre la violación del artículo 8, “el debut del art. 23 del nuevo Reglamento [art. 24 con la última reforma] no ha sido demasiado feliz para los representantes de las víctimas. A la luz de los resultados obtenidos en este caso, el tono apodíctico del voto concurrente del juez Cançado Trindade parece desmedido. Delinear la potencialidad de este nuevo papel procesal de las víctimas requerirá, necesariamente, la tramitación de más casos.”⁹⁰²

⁹⁰¹ Párr. 152-157.

⁹⁰² COURTIS, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”... *op. cit.*, p. 66. El juez Cançado Trindade señaló con entusiasmo en su voto concurrente que la posición de la Corte en cuanto al nuevo rol de los representantes de las víctimas constituía “un significativo paso adelante dado por la Corte, desde la adopción de su actual Reglamento”, en Voto concurrente del Juez Cançado Trindade, párr. 17.

2.4.2.3. La decisión de la Corte IDH en relación con el artículo 26 de la Convención Americana.

En sus alegatos, la CIDH y los representantes de las víctimas sostuvieron que el Estado peruano había violado el artículo 26 del Pacto de San José al aprobar el Decreto-Ley N° 25792, pues éste constituyó un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas conforme al Decreto Ley N° 20530 y sus normas conexas. En este sentido, el Estado tenía la obligación de orientarse progresivamente hacia la plena efectividad del derecho a la seguridad social, lo que implicaba la correlativa prohibición de regresividad. Los representantes de las víctimas también sostuvieron que la disminución de los montos jubilatorios era una medida que vulneraba el principio de progresividad consagrado en el artículo 26, el cual no podía ser socavado bajo el pretexto de la falta de recursos económicos, mucho menos cuando se trata de grupos vulnerables de la población como los jubilados y pensionados.⁹⁰³

De lo anterior se desprende que la CIDH y los peticionarios consideraban que el derecho a la seguridad social es uno de los derechos derivados de las normas pertinentes de la Carta de la OEA; que el derecho a la seguridad social incluye el derecho a percibir pensiones de jubilación o retiro; y que el Estado no puede empeorar injustificadamente el nivel de goce de ese derecho. Por tanto, su demanda representaba una gran oportunidad para que la Corte IDH diera el primer paso jurisprudencial para avanzar en la determinación del alcance y contenido del artículo 26 de la Convención Americana en conexión con la Carta de la OEA y la Declaración Americana.⁹⁰⁴

⁹⁰³ Párr. 142-143.

⁹⁰⁴ COURTIS, Christian, "Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los "Cinco Pensionistas" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" ... *op. cit.*, p. 58.

Así, de manera escueta pero con implicaciones profundas para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano, la Corte IDH sostuvo que

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente. Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.⁹⁰⁵

De lo anterior es necesario destacar varias cosas. En primer lugar, la Corte IDH reconoce que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una doble dimensión, la individual y la colectiva; en virtud de la primera, se admite la justiciabilidad del derecho a la seguridad social en su conexión con el derecho de propiedad aunque utilizando los principios de interpretación del artículo 5 del Protocolo de San Salvador, que son propios de los derechos económicos, sociales y culturales. Evidentemente, esta aseveración se contradice con la dimensión colectiva que el tribunal interamericano le atribuye al derecho a la seguridad social, en el sentido de sugerir que la única forma de examinar el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales es en relación con el conjunto de la población, lo cual limita su justiciabilidad pues sólo

⁹⁰⁵ Párr. 147-148.

podría ser objeto de revisión por una entidad técnico-política. Parece que con esta posición, la Corte IDH no toma en cuenta que una parte importante del litigio de derechos económicos, sociales y culturales se refiere a la situación de grupos o colectivos de personas, es decir, ni a individuos aislados, ni al total de la población.⁹⁰⁶

En segundo lugar, si bien el tribunal interamericano se fundamenta en la doctrina del CDESC para analizar –aunque escuetamente– la cuestión del desarrollo progresivo, la utilización que hace de ella y las conclusiones a las que llega son contrarias a la interpretación dada por el órgano de la ONU, en el sentido de que para éste la noción de progresividad establecida en el PIDESC no está reñida con la justiciabilidad de los derechos en él contenido. Así, el CDESC ha reconocido que el PIDESC contempla una realización paulatina de tales derechos y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, pero también ha señalado que este instrumento impone varias obligaciones con efecto inmediato, como la de “adoptar medidas”, entre las que destaca la de ofrecer recursos judiciales, puesto que todos los derechos económicos, sociales y culturales poseen en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones de justiciabilidad.⁹⁰⁷ Como ya hemos visto en apartados anteriores, la reflexión del CDESC también podría aplicarse a la Convención Americana, y por tanto, no se explica por qué la Corte IDH llegó a una conclusión tan diferente.⁹⁰⁸

⁹⁰⁶ COURTIS, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”... *op. cit.*, pp. 58-59 y 62. En su voto concurrente razonado, el juez García Ramírez entiende “que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de éste [...] La existencia de una dimensión individual de los derechos sustenta la denominada ‘justiciabilidad’ de aquéllos, que ha avanzado en el plano nacional y tiene un amplio horizonte en el internacional”.

⁹⁰⁷ CDESC, *Observación General N° 3*... *op. cit.*, párr. 1; Íd., *Observación General N° 9*... *op. cit.*, párr. 10.

⁹⁰⁸ COURTIS, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”... *op. cit.*, p. 59.

Y en tercer lugar, la Corte IDH señala en su sentencia que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales se debe medir en función de su creciente cobertura sobre el conjunto de la población “y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”. Pareciera que el tribunal interamericano considera que podría analizar la noción de desarrollo progresivo, siempre y cuando se trate de casos que involucren al conjunto de la población o a un sector que sea representativo de la situación general, y por tanto, la aplicación del artículo 26 estaría limitada a estos dos supuestos.⁹⁰⁹ Si éste es el razonamiento de la Corte IDH, hay que preguntarse, ¿cuál es la norma convencional que la faculta para examinar la situación general de los derechos humanos de un país?, pues en virtud del artículo 62 de la Convención Americana sólo tiene competencia para conocer sobre casos de individuos o de grupos de individuos. En virtud del artículo 41 del Pacto de San José, el único órgano facultado para conocer sobre la situación general de los derechos humanos es la CIDH, por lo tanto, en este caso, los peticionarios son cinco individuos concretos que en virtud del artículo 44 del mismo instrumento, pueden presentar una denuncia ante el Sistema Interamericano. Tal como lo señala Courtis, esta interpretación de la Corte IDH “podría entenderse como una lápida a las posibilidades de justiciabilidad del artículo 26 de la Convención”.⁹¹⁰

En el mismo sentido se manifestó el juez de Roux Rengifo en su voto razonado a la sentencia, pues para él

⁹⁰⁹ Señalan Abramovich y Rossi que el pronunciamiento de la Corte IDH no es claro. “Los términos ‘representativos de la situación prevaleciente’ son por demás ambiguos y no dan pautas suficientes para delimitar el ámbito de aplicación de la norma”, en ABRAMOVICH, Víctor y ROSSI, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”... *op. cit.*, p. 468.

⁹¹⁰ COURTIS, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”... *op. cit.*, p. 61.

[...] el razonamiento según el cual solo sería procedente someter al *test* del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer –a diferencia de lo que ocurre con la Comisión– una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal sólo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija a éstas tengan que alcanzar determinado número.

Además, es importante recordar que los supuestos de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales pueden darse en el plano individual, en el colectivo en términos de ciertos sectores o grupos, y en el marco de toda la población. Por lo tanto, el cumplimiento de la no regresividad debe medirse precisamente en cualquiera de esas situaciones, caso contrario, la aplicación del artículo 26 se vería considerablemente limitada, lo que iría en contra de su letra y espíritu, y dejaría a los Estados una amplia discrecionalidad para adoptar disposiciones que afecten a grupos específicos o a víctimas individuales. Bajo estos parámetros, la interpretación realizada por la Corte IDH no es congruente con los estándares desarrollados por el CDESC “y parece obligarla a realizar en el marco de un caso individual la supervisión de situaciones generales, lo que no está dentro de su limitada competencia”.⁹¹¹

Del breve análisis realizado por la Corte IDH respecto al artículo 26, pareciera no haber duda acerca de su intención de limitar el alcance de este artículo como base para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales; incluso, si tomamos en cuenta los otros casos en los que se le ha planteado examinar violaciones

⁹¹¹ ABRAMOVICH, Víctor y ROSSI, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”... *op. cit.*, p. 469.

del artículo 26 y en los cuales el tribunal interamericano ha evitado pronunciarse,⁹¹² da la sensación de haber impedido el examen de dicho artículo en cualquier caso contencioso.⁹¹³ También parece que detrás del análisis poco afortunado que hace la Corte IDH sobre el artículo 26, se entrevé su reticencia a tratar en un caso judicial temas relacionados con el diseño e implementación de políticas públicas y con la disposición de recursos, posiblemente por temor de decidir sin información suficiente. No obstante, el procedimiento contencioso permite al tribunal interamericano solicitar a las partes toda la información necesaria; sobre todo, por un lado la CIDH podría aportar la información que ha recabado mediante sus informes anuales, especiales, por país, etc.;⁹¹⁴ y por el otro, el Estado tendría sobre sus espaldas la carga de la prueba para demostrar y justificar que las medidas regresivas adoptadas están dentro de los límites impuestos por la Convención Americana y por el Protocolo de San Salvador. Todo esto nos permite concluir que desde un punto de vista conceptual, “los estándares para evaluar la acción u omisión estatal en esta materia no difieren mayormente de los estándares aplicables en el litigio en materia de derechos civiles y políticos”.⁹¹⁵

⁹¹² Por ejemplo, en el Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, párr. 255, la Corte IDH concluye en su sentencia que “ya ha realizado un análisis respecto de las condiciones referentes a la vida digna, salud, educación y recreación en las consideraciones respecto de los artículos 4 y 5 de la Convención, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma y con el artículo 13 del Protocolo de San Salvador. Por ello, este Tribunal considera que no es necesario pronunciarse respecto del artículo 26 de la Convención”.

⁹¹³ CAVALLARO, James L. & SCHAFFER, Emily J., “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, in *Hastings Law Journal*, N° 56, 2004-2005, pp. 263-264.

⁹¹⁴ La Corte IDH también puede recabar información de los informes periódicos respecto de las medidas progresivas que los Estados hayan adoptado para garantizar el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales; estos informes deben ser presentados al Secretario General de la OEA quien los transmitirá al CIES, CIECC y a la CIDH, en virtud de la obligación estatal contenida en el artículo 19.1 y 19.2 del Protocolo de San Salvador.

⁹¹⁵ COURTIS, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”... *op. cit.*, pp. 62-63.

Para Melish, en el análisis del artículo 26 la Corte IDH cometió dos errores analíticos interrelacionados entre sí; uno relativo a la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, y otro relacionado con la naturaleza de las obligaciones que generan tales derechos en contextos judiciales. Y estos dos errores pueden encontrarse esbozados en los argumentos de los propios litigantes del caso (tanto de la CIDH como de los representantes de las víctimas) y en los dos *amicus curiae* que presentaron dos organizaciones de la sociedad civil, quienes basaron sus alegatos en torno al concepto de “desarrollo progresivo” de los derechos económicos, sociales y culturales y en la correlativa “prohibición de regresividad” en relación con el derecho a la seguridad social en general, y el derecho a una pensión en particular. Estas dos nociones, que miden los logros basados en resultados sobre la totalidad de la población, son inapropiadas como estándares jurídicos en procesos contenciosos individuales, particularmente en el ámbito supranacional, en donde son clave los requisitos de la justiciabilidad, tales como la causalidad y el daño verificable a personas debidamente identificadas.⁹¹⁶

Teniendo en cuenta el desarrollo normativo asumido por el CDESC se puede constatar que éste ha planteado dos caminos para vigilar el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Por un lado, la tipología tripartita de obligaciones de respetar, proteger y realizar; y por otro, la del concepto de realización progresiva. Sobre esta base, Melish señala que la primera puede ser perfectamente llevada al ámbito de un procedimiento contencioso de un sistema de peticiones individuales, y en este sentido, es aplicable a la dimensión individual de los derechos económicos, sociales y culturales; y la segunda se desarrolla en el ámbito de los sistemas de informes periódicos, de monitoreo y de promoción de los derechos sin hacer referencias a casos específicos o individuales, y

⁹¹⁶ MELISH, Tara, “A pyrrhic victory for Peru’s pensioners: Pensions, property, and the perversion of progressivity” ... *op. cit.*, p. 52.

por tanto, es aplicable a la dimensión social de tales derechos. Para esta autora, el error de los peticionarios fue tratar de aplicar en la dimensión individual del derecho a la seguridad social, los desarrollos teóricos del CDESC en relación con las nociones de progresividad y no regresividad, las cuales no están destinadas a medir los perjuicios causados por la conducta de un Estado en un caso concreto, sino en un ámbito más general.⁹¹⁷

Sin duda alguna la tesis anterior desvela elementos importantes que deben tomarse en cuenta en futuras alegaciones de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el artículo 26, no obstante, al delimitar y caracterizar de manera absoluta la tipología tripartita de obligaciones como justiciables, y la noción de progresividad/regresividad como no justiciables y sólo objeto de supervisión técnica-política, se ignora que las obligaciones de respetar, proteger y cumplir también incluyen elementos de una *obligación de conducta* y de una *obligación de resultado*, y que la noción de progresividad y la prohibición de regresividad resultan ser una herramienta fundamental para someter a control judicial o cuasi-judicial su cumplimiento por parte de los Estados. Como ya hemos ejemplificado anteriormente, en el caso del derecho a la salud la obligación de conducta puede implicar la aprobación y ejecución de un plan de acción destinado a reducir el índice de mortalidad materna, mientras que la obligación de resultado demanda que los Estados cumplan objetivos concretos que satisfagan una norma jurídica específica. Del mismo modo, en el caso del derecho a no ser torturado el Estado tiene la obligación de conducta de abstenerse de aplicar la tortura y la obligación de resultado de prevenirla y erradicarla en su territorio.

Por tanto, aunque la noción de progresividad está más relacionada con la dimensión social de un derecho –sea civil, político, económico, social o cultural-, ello

⁹¹⁷ *Ibíd.*, pp. 57-64.

no obsta para que pueda ser objeto de control judicial o cuasi-judicial, como es el caso, por ejemplo, de la regresividad normativa en el sentido de que se adopte una nueva norma que al compararla con la norma que es derogada por ella, suprime, limita o restringe derechos existentes con anterioridad. Evidentemente, en este caso, se podría presentar un reclamo judicial ante los respectivos tribunales nacionales o internacionales. Aunado a ello, si se cuenta con un sistema de indicadores que permita establecer los avances logrados desde el momento en que un Estado asumió el compromiso de avanzar hacia adelante en la realización de ciertos derechos, y por lo tanto, asumiendo que la regresividad está prohibida, no hay razones técnicas ni teóricas que imposibiliten denunciar judicialmente aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido.

Pese a todo, se puede sostener que en términos prácticos la sentencia de la Corte IDH nos plantea la necesidad de actuar con cautela al momento de activar su competencia contenciosa en relación con el artículo 26 de la Convención Americana, en el sentido de que quizá sea necesario que la CIDH y los peticionarios asuman la carga argumentativa adicional de demostrar no sólo la existencia de un agravio que afectó particularmente a las víctimas –en este caso a los cinco pensionistas–, sino también la de demostrar que la transgresión tiene proyecciones colectivas, y que no se trata de un hecho aislado sino de una política pública con repercusiones globales relevantes. Evidentemente es difícil articular una acción colectiva de estas características, por eso, el número reducido de víctimas que denuncien tales hechos ante la CIDH o la Corte IDH deben demostrar que constituyen una “muestra” de quienes sufren las consecuencias de las violaciones alegadas en función de un contexto general. Si bien en términos prácticos esta estrategia podría lograr sus frutos, en términos normativos sería una “carga” adicional para las víctimas que no está contemplada en el Pacto de San José “aunque podría entenderse como

salvaguarda formal que permita a la Corte medir la relevancia de los planteos en un campo novedoso en el que aún no se han generado estándares judiciales en el sistema”.⁹¹⁸

Aunque el argumento anterior pueda servir como estrategia práctica para avanzar en la protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano, se debe resaltar que el requisito de la “representatividad” que crea la Corte IDH encubre los prejuicios filosóficos en torno a los derechos económicos, sociales y culturales que aún se mantienen vivos en el análisis de los jueces, y que hacen considerar a estos derechos cualitativamente diferentes de los derechos civiles y políticos, en el sentido de que estos últimos pertenecen al ámbito del individuo aislado, mientras que los primeros al ámbito de los grupos, de los colectivos, sobre todo de los pobres y los desaventajados. El tribunal interamericano concretó en la práctica esta visión al determinar que a los cinco pensionistas –no representativos de la situación general- se les había violado un derecho civil y político – el derecho de propiedad-, pero determinó que no tenían legitimidad para demandar el respeto de un derecho económico, social y cultural –el derecho a la seguridad social- en tanto no representaban al conjunto de la sociedad. Considerando que las denuncias de violación del derecho de propiedad y del derecho a la seguridad social eran sólo dos lados de la misma moneda, el estándar ladeado de la Corte IDH carece de una base normativa que no tiene asidero en la Convención Americana y que debería ser objetado jurídicamente. Por lo tanto, bajo este parámetro debe rechazarse la posibilidad de que las víctimas tengan que aceptar

⁹¹⁸ COURTIS, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” ... *op. cit.*, pp. 63-64.

la carga adicional de probar la “representatividad” de su caso cuando se alegue la violación del artículo 26 del Pacto de San José.⁹¹⁹

Del análisis realizado se puede concluir que el resultado de la sentencia del caso “Cinco pensionistas” tiene una doble cara. Por un lado, la Corte IDH consolidó las vías de protección indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales mediante los artículos 21 (derecho a la propiedad) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, y con ello, las víctimas fueron restablecidos íntegramente en sus derechos, dado que el tribunal interamericano ordenó la restitución completa de los montos retenidos de las pensiones; pero por otro lado, la Corte IDH desaprovechó la ocasión para desarrollar el contenido normativo y los estándares de aplicación del artículo 26 del Pacto de San José, y al realizar una interpretación dudosa del mismo, sobre todo con la creación no normativa de una carga adicional para los peticionarios (la representatividad), dio un paso jurisprudencial peligroso en materia de los derechos económicos, sociales y culturales. Tal como lo señala el título de esta apartado, esta sentencia ha significado una pequeña victoria individual pero al mismo tiempo una gran derrota colectiva.

Si tomamos en conjunto la práctica y jurisprudencia en el Sistema Interamericano que hemos examinado a lo largo de estas páginas, se puede concluir que es moderadamente alentadora, aunque con la sentencia “Cinco pensionistas” se dio un paso sobre terreno movedizo que necesita ser revertido radicalmente para evitar que los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos autónomos, sigan estando con un pie fuera de la jurisprudencia contenciosa de los órganos interamericanos, y limitados al terreno político del monitoreo de los logros progresivos sobre el conjunto de la población. En este sentido, es urgente

⁹¹⁹ MELISH, Tara, “A pyrrhic victory for Peru’s pensioners: Pensions, property, and the perversion of progressivity” ... *op. cit.*, pp. 59-60.

“monitorear sistemáticamente el estado actual de la jurisprudencia del sistema y tratar de corregir su senda que, aunque bienintencionada, parece haberse descarriado de manera agravada en las últimas sentencias, sobre todo en relación con la protección autónoma de los [derechos económicos, sociales y culturales]”.⁹²⁰

Afortunadamente, dos de los siete jueces dieron a conocer sus votos razonados que permiten albergar cierto optimismo acerca de que en el futuro la CIDH y la Corte IDH asuman una posición más valiente en el sentido de “liberar” todas las potencialidades normativas e interpretativas del Sistema Interamericano en cuanto a la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que en definitiva significaría pasar de la retórica de la realización de ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, viviendo en condiciones que le permitan gozar de sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos (Preámbulo de la Convención Americana), a los hechos, es decir, a la tutela y promoción permanente de todos los derechos humanos con el objeto de lograr su plena vigencia, “sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros” (Preámbulo del Protocolo de San Salvador).

Habrà que esperar que en el futuro cercano los órganos del Sistema Interamericano salden la deuda que tienen con el tema de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, el cual sugiere, como lo señaló el juez García Ramírez en su voto concurrente razonado a la sentencia del caso “Cinco pensionistas”, “muchas consideraciones adicionales que traerá consigo el desarrollo de la jurisprudencia interamericana sobre una de las cuestiones más actuales y trascendentes en el sistema de los derechos humanos en nuestra región”.

⁹²⁰ MELISH, Tara, “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”... *op. cit.*, p. 208.

2.4.3. Consideraciones finales.

Como hemos podido comprobar, ninguno de los dos órganos interamericanos ha desarrollado estándares completos sobre la mayor parte de los derechos económicos, sociales y culturales, en parte porque es un tema novedoso para la jurisdicción interamericana y todavía existen prejuicios acerca de ellos, y en parte porque la realidad política del continente americano urgió el desarrollo normativo y la protección efectiva de los derechos civiles y políticos. Si bien la CIDH y la Corte IDH han examinado asuntos que lindan con cuestiones económicas, sociales y culturales, aún no han entrado de lleno en esta materia por sí misma y apenas ha habido un escaso análisis del carácter autónomo de los derechos económicos, sociales y culturales.

Evidentemente, a partir del carácter instrumental de las garantías judiciales y del derecho a la protección judicial, de la amplitud de aplicación de las medidas reparatorias, así como de la cada vez más recurrente interpretación extensiva de derechos civiles y políticos como el derecho a la propiedad, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la libertad de asociación, entre otros, la CIDH y la Corte IDH han salvaguardado el ejercicio de algunos derechos económicos, sociales y culturales, tales como, el derecho a la salud, el derecho a la educación, los derechos culturales, el derecho a la seguridad social, etc.

Si bien estas estrategias de litigio se han constituido en herramientas prácticas para lograr la protección de tales derechos y su reparación en casos de violación, no aportan demasiado a la idea de la exigibilidad cuasi-judicial o judicial autónoma de los derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, hay quienes señalan que es preferible utilizar el enfoque (indirecto) pragmático de la conexión de estos derechos con los civiles y políticos, ya que de esta forma habrá más posibilidades de éxito en el litigio, se aumentará la probabilidad de efectuar cambios en el mundo real

y se mantendrá el nivel de credibilidad de los mecanismos de supervisión supranacionales. En contraste, el enfoque directo mediante el cual se alega violaciones de normas internacionales que específicamente se refieren a los derechos económicos, sociales y culturales, como el artículo 26 de la Convención Americana, hasta la fecha ha tenido muy poco éxito por una variedad de razones teóricas, prácticas y políticas, tal como lo demuestra el hecho de que aunque peticionarios han alegado ante la Corte IDH la transgresión del artículo 26, el tribunal interamericano se ha negado consistentemente a resolver tales reclamaciones.⁹²¹

Sin embargo, asumir únicamente el enfoque indirecto por cuestiones prácticas y hacer a un lado el enfoque directo, tiene el peligro de fortalecer la concepción de que unos y otros derechos son diferentes, en el sentido de que los civiles y políticos son de cumplimiento inmediato mientras que los económicos, sociales y culturales carecen de obligaciones exigibles; tal como hemos visto a lo largo de esta tesis, esta distinción o categorización de los derechos humanos representa una de las más perdurables y erróneas concepciones en la historia de la defensa y el litigio de dichos derechos. Por eso, considerando que el Sistema Interamericano cuenta con importantes herramientas normativas para que, desde una perspectiva jurisdiccional, se pueda litigar directamente un asunto relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales, no hay razones para optar *prima facie* por el enfoque indirecto. Así, podemos encontrar disposiciones habilitantes para el litigio directo en la Declaración Americana y en el Pacto de San José; y de una forma más limitada, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención de Belem do Pará.⁹²²

⁹²¹ CAVALLARO, James L. & SCHAFFER, Emily J., "Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas" ... *op. cit.*, pp. 263 y 281.

⁹²² MELISH, Tara J., "Rethinking the 'Less as More' Thesis: Supranational litigation of economic, social and cultural rights in the Americas", in *New York University International Law and Politics*, Vol. 39, Issue 2, 2007, pp. 177 y 212.

Teniendo en cuenta las respectivas ratificaciones de tratados de los 35 Estados miembros de la OEA, el enfoque directo podría ser usado ante la CIDH y la Corte IDH de tres maneras. En primer lugar, se pueden alegar ante la CIDH (pero no ante la Corte IDH) violaciones al derecho a la vivienda, a la salud, a la educación, a la cultura, al trabajo, a una remuneración justa, al descanso, a la seguridad social y a la propiedad consagrados en los artículos IV, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI y XXIII de la Declaración Americana en contra de 11 Estados: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Guyana, San Kitts y Nevis, San Vicente & Granadines, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, y Estados Unidos. En segundo lugar, se pueden alegar ante la CIDH y la Corte IDH violaciones de los derechos a la educación, a la salud, a la vivienda, a la seguridad social, a la alimentación, a la libre sindicalización, a la huelga, a adecuadas condiciones de trabajo y a una justa remuneración, en virtud del artículo 26 de la Convención Americana contra 22 Estados: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Y en tercer lugar, se pueden alegar ante la CIDH y la Corte IDH violaciones al derecho a la educación y el derecho a la libertad sindical consagrados en los artículos 8.1 y 13 del Protocolo de San Salvador en contra de 14 Estados: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay.⁹²³

⁹²³ *Ibíd.*, pp. 214-215. Para un debate interesante (con sus réplicas y contra réplicas) sobre el enfoque directo y el enfoque indirecto en el litigio de casos ante el Sistema Interamericano, además de los ya citados artículos de Cavallaro y Schaffer (“Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”), y de Melish (“Rethinking the ‘Less as More’ Thesis: Supranational litigation of economic, social and cultural rights in the Americas”), véase CAVALLARO, James L. & SCHAFFER, Emily, “Rejoinder: Justice before justiciability: Inter-American litigation and social change” y MELISH, Tara J. “Counter-rejoinder: Justice vs. justiciability?: Normative neutrality and technical precision, the role of the lawyer in supranational social rights litigation”, in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 39, Issue 2, 2007, pp. 345-384 y 385-416, respectivamente.

En virtud de lo anterior se puede concluir que ambos enfoques son necesarios en el litigio de casos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales, y la opción de uno u otro estará condicionada a las circunstancias propias de cada caso, por lo que, en algunas ocasiones será preferible adoptar el enfoque indirecto, y en otras, el enfoque directo. Es evidente que en el Sistema Interamericano se ha avanzado de manera consistente en cuanto al enfoque indirecto, por ello, es necesario articular alegaciones sólidas que permitan abrir también el camino jurisprudencial al enfoque directo. De cualquier forma, lo importante es activar la competencia contenciosa de la CIDH y de la Corte IDH pues al permitir que conozcan y se pronuncien sobre la posible violación de un derecho económico, social y cultural (a) se promueve la creación de una jurisprudencia en la materia, en el sentido de que la creación de un recurso individual reforzaría la capacidad de los órganos interamericanos de dar mayores aclaraciones sobre las normas que obligan a los Estados, así como de crear precedentes cuasi-judiciales o judiciales en materia de derechos económicos, sociales y culturales;⁹²⁴ y (b) se permite que las víctimas tengan posibilidades reales de obtener una reparación adecuada, ya que no es difícil argumentar que las personas que han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos tienen derecho a un recurso que remedie dicha situación; por tanto, los esfuerzos dirigidos a la prevención de transgresiones de los derechos económicos, sociales y culturales deben hacer hincapié en la necesidad de lograr que las víctimas tengan acceso a una indemnización, restitución y reparación.⁹²⁵

Es innegable que pese a lo necesario que son la denuncia y el trabajo de casos en materia de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales, no son

⁹²⁴ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., "Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de Naciones Unidas" en *Revista Derechos y Libertades* No. 6. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. BOE. Febrero, 1998, p. 94.

⁹²⁵ LECKIE, Scott and GALLAGHER, Anne (Eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights. A legal resource guide*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006, p. xxiv.

suficientes para avanzar en el desarrollo de esta materia. Aunque el “caso construye precedentes mediante el desarrollo de jurisprudencia; permite ver dónde está ubicado el Estado; evidencia sus contradicciones; permite identificar patrones y avanzar en estrategias”,⁹²⁶ por sí solo no es suficiente para promover y proteger efectivamente los derechos humanos en general y los derechos económicos, sociales y culturales en particular.⁹²⁷ Se necesita, además, la movilización organizada de las fuerzas sociales y políticas, y la de una ciudadanía crítica y participativa que logre poner y mantener en el debate público la obligación estatal de lograr la plena realización de estos derechos como un asunto prioritario para la consolidación de la democracia y el Estado de derecho.

En este sentido, es fundamental lograr la articulación del trabajo (a) de las víctimas y familiares; (b) de las instituciones de la sociedad civil comprometidas con los derechos económicos, sociales y culturales, y que ponen al servicio de las personas sus capacidades técnicas y profesionales en la materia; (c) de los funcionarios públicos que al interior del Estado realizan una labor esencial para tratar de enmarcar las actuaciones estatales dentro de sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales; (d) de las organizaciones populares y sociales que podrían ejercer una presión social importante para poner en el ámbito nacional, regional y local, debates sobre la materia; y (e) de los comunicadores sociales y medios de comunicación que promuevan con seriedad e imparcialidad el debate nacional sobre el papel imprescindible que juegan los derechos económicos, sociales y culturales en la consolidación del Estado de derecho, la democracia, y en definitiva, la convivencia social.

⁹²⁶ BOLÍVAR, Ligia “Derechos económicos sociales y culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”... *op. cit.*, p. 129.

⁹²⁷ ROSAS, Allan y SCHEININ, Martin, “Implementation mechanisms and remedies”, en ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina and ROSAS, Allan (Eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook... op. cit.*, pp. 425-426.

**IV.
PERSPECTIVAS DEL SISTEMA
INTERAMERICANO**

1. Recientes medidas para la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.

Al observar la práctica de la CIDH y de la Corte IDH en materia de derechos económicos, sociales y culturales se puede constatar que ha habido un avance importante en la incorporación de tales derechos en la agenda jurisdiccional de estos dos órganos, y pese a las limitaciones y a algunos retrocesos puntuales, existen indicios de que en un futuro cercano habrá un desarrollo jurisprudencial relevante y un tratamiento sistemático que permitirán delimitar el alcance y contenido de los derechos económicos, sociales y culturales y de las obligaciones estatales derivadas de ellos.

No obstante, hay que reconocer que todavía no se han aprovechado al máximo algunas herramientas importantes que servirían para conocer los progresos y obstáculos en la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales en el continente. En esta línea, hasta el momento no se ha llevado a la práctica lo establecido en el artículo 42 de la Convención Americana, que contiene la obligación de los Estados partes de remitir a la CIDH copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del CIES y del CIECC, con el fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA. Es decir, desde que el Pacto de San José entró en vigor -18 de julio de 1978- han pasado más de 30 años durante los cuales el artículo 42 ha sido letra muerta.⁹²⁸ Por otro lado, tampoco se ha cumplido con el artículo 19

⁹²⁸ En una desafortunada aseveración, la CIDH argumentó que la falta de precisión del artículo 26 del Pacto de San José, “unida a la indudable dificultad que encierra la consideración de los derechos económicos, sociales y culturales, ha determinado la inoperancia práctica del artículo 42 de la Convención Americana”, en CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983-1984... op. cit.*, Capítulo V. II., punto 4. No obstante, los hechos han demostrado que la falta de aplicabilidad del artículo 42 de dicho instrumento y del artículo 19 del Protocolo de San Salvador, se ha debido a la falta de voluntad política de los órganos pertinentes para sentar las bases teóricas y normativas necesarias con el fin de implementar el sistema de informes.

del Protocolo de San Salvador, que contiene la obligación estatal de presentar informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en dicho protocolo; es decir, desde la entrada en vigor de este instrumento -16 de noviembre de 1999- hasta la fecha, han pasado 10 años sin que el sistema de informes se haya implementado efectivamente.

Para subsanar lo anterior, en los últimos años la Asamblea General ha adoptado una serie de resoluciones encaminadas a dotar de efectividad a los artículos 42 de la Convención Americana y 19 del Protocolo de San Salvador; y fortalecer las bases normativas, teóricas e institucionales para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales; así, mediante la Resolución AG/RES. 2030 (XXXIV-O/04) aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2004, resolvió encomendar al Consejo Permanente que a fin de complementar y reforzar los avances en materia de derechos económicos, sociales y culturales,

(g) Proponga las normas para la confección de los informes periódicos de las medidas progresivas que hayan adoptado los Estados parte del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, conforme a lo previsto en el artículo 19 de dicho instrumento jurídico, en consulta con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y teniendo en cuenta los aportes del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

En virtud de la resolución anterior, la Asamblea General, mediante la Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2005, resolvió, entre otras cosas, 1) Aprobar las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador” (en adelante las Normas); 2) encomendar al Consejo Permanente

que, a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, proponga a la brevedad posible la composición y el funcionamiento del Grupo de Trabajo establecido para el análisis de los informes nacionales, que suponga un avance cualitativo en esta materia; y 3) solicitar a la CIDH que proponga al Consejo Permanente para su eventual aprobación, los indicadores de progreso a ser empleados para cada agrupamiento de derechos protegidos sobre los que deba presentarse informe, teniendo en cuenta, entre otros, los aportes del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Posteriormente, mediante la Resolución AG/RES. 2178 (XXXVI-O/06) reiteró la necesidad de continuar con la labor para dar cumplimiento a los puntos de la resolución anterior; así, los Estados Parte del Protocolo de San Salvador presentaron una “Propuesta de Composición y Funcionamiento del Grupo de Trabajo” que fue considerada por los órganos políticos de la OEA y que finalmente fue aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2007, mediante Resolución AG/RES. 2262 (XXXVII-O/07). En esta misma resolución se reiteró a la CIDH continuar con los trabajos de elaboración de los indicadores de progreso, los cuales debían ser presentados a más tardar en el tercer trimestre de 2007.

Es así como la CIDH encomendó al comisionado Víctor Abramovich la elaboración de un documento preliminar sobre lineamientos para contar con indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el cual fue publicado el 05 de octubre de 2007;⁹²⁹ también se le encomendó elaborar un estudio sobre los alcances de los derechos al debido proceso judicial y a la tutela

⁹²⁹ CIDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA Documentos Oficiales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 5, 05 de octubre de 2007.

judicial efectiva, en casos que involucran la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales, el cual fue publicado el 7 de septiembre de 2007.⁹³⁰

Antes de entrar al examen de estos dos documentos, quisiera llamar la atención sobre el hecho de que hasta la fecha no se haya implementado el sistema de informes en el Sistema Interamericano, mientras que el sistema de peticiones individuales ya tiene varias décadas funcionando. Esta cuestión resulta sugerente por lo siguiente: En términos generales podemos señalar que las funciones de los órganos de vigilancia van desde (a) la función creativa, en tanto aclaran y desarrollan los estándares normativos que se han de aplicar (en el caso de la Corte IDH, su función consultiva); (b) la función verificadora o examinadora, en el sentido de evaluar el grado en que los Estados actúan de conformidad con las obligaciones derivadas de los tratados; hasta (c) la función correctiva, en tanto toman medidas preventivas o correctivas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones estatales.⁹³¹

Entre ellas, el sistema de peticiones o comunicaciones individuales y el sistema de informes son los más comunes. El primero generalmente tiene un carácter facultativo y es considerado el medio más efectivo para garantizar la protección de los derechos humanos; mientras que el segundo goza de mayor popularidad al ser un mecanismo de supervisión políticamente menos sensible a la soberanía estatal, ya que su efectividad depende en gran medida de la *bona fide* de los Estados Partes para proveer información fidedigna y pertinente al órgano de vigilancia.

⁹³⁰ CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos humanos*, OEA Documentos Oficiales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007, p. 1, punto 2.

⁹³¹ CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights... op. cit.*, p. 31.

Debido a que por lo general los Estados se muestran reacios a ser controlados judicial o cuasi-judicialmente por órganos supranacionales, es común que no reconozcan la competencia de éstos, y que sí acepten la instauración de un sistema de informes. Por tal razón, resulta llamativo que en el continente americano haya pasado todo lo contrario, puesto que los Estados no han promovido la implementación del sistema de informes establecido en la Convención Americana y en el Protocolo de San Salvador, pero sí el sistema de denuncias individuales.

1.1. Indicadores de progreso.

Como ya lo señalamos, mediante la Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05) la Asamblea General de la OEA aprobó las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”, cuyo objetivo consiste en la elaboración de pautas y criterios regidos por el principio de progresividad, para la confección de los informes previstos en el artículo 19 mencionado de acuerdo con un sistema de indicadores de progreso. En el marco de estas normas, se entiende que la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales implica la adopción de una política pública que los considere “como derechos humanos cuya realización completa, en general, no puede darse rápidamente y que por ello requieren de un proceso durante el cual cada país avanza con distintos tiempos hacia el logro de la meta. Este principio invalida las medidas regresivas, salvo casos extremos justificables, y descalifica la inacción”.⁹³²

En virtud de la norma número 2, los Estados deben presentar su primer informe en el plazo de un año a partir de la vigencia de las Normas para los Estados que sean Parte en el Protocolo de San Salvador a esa fecha y en el plazo de un año

⁹³² “AG/RES. 2074 (XXXV-O/05). Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”... *op. cit.*, p. 45. Es importante destacar que estas normas incorporan el principio de devolución, en el sentido de “que el trabajo que supone el informe debe redituarse al Estado que lo presentó el beneficio de acotar la lista de las necesidades y definir con mayor precisión sus carencias” (Norma 5.2).

desde la entrada en vigor de dicho Protocolo para los que lo ratifiquen o adhieran a él con posterioridad; y deben presentar los informes subsiguientes cada tres años. De acuerdo con las normas 9-13, estos informes serán analizados por un Grupo de Trabajo que emitirá las recomendaciones de carácter general que al respecto se estimen pertinentes.

En cuanto a este Grupo de Trabajo, la Asamblea General, en su cuarta sesión plenaria celebrada el 5 de junio de 2007, aprobó mediante Resolución AG/RES. 2262 (XXXVII-O/07), el documento “Composición y funcionamiento del Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador”, que se anexa a la presente resolución. En este documento, se establece que dicho grupo estará compuesto por (a) tres expertos gubernamentales (más un suplente), elegidos durante la Asamblea General de la OEA por los Estados partes de un listado conformado por los candidatos propuestos por tales Estados y teniendo en cuenta en la elección una equitativa distribución y rotación geográfica; (b) un experto independiente (y un suplente) de alta calidad profesional y reconocida experiencia en la materia designado durante la Asamblea General de la OEA por el Secretario General, a partir de los candidatos propuestos por los Estados partes a razón de un candidato por país, que deberán ser académicos, integrantes de organizaciones de la sociedad civil del país respectivo o bien integrantes de organizaciones de la sociedad civil acreditadas ante la OEA, que en el momento de su elección no estén ocupando una función en el gobierno o en algún otro poder del Estado; y (c) un miembro de la CIDH junto con un suplente.

La composición adoptada para el Grupo de Trabajo refleja una cierta combinación de las posiciones que se dieron previo a la realización de la XXXVI Asamblea General, ya que se dio un debate entre aquellos Estados que apoyaban una composición y un monitoreo de carácter esencialmente intergubernamental, sin

tomar en cuenta la opinión y escrutinio públicos, y aquellos Estados que abogaban por una composición y un monitoreo abierto a recibir información y opiniones desde las organizaciones de la sociedad civil, incluso con la presencia de una representación de éstas en el Grupo de Trabajo.

Recordemos que la misma Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05) exhortó a la CIDH a elaborar una serie de indicadores de progreso que sirvieran de herramienta para la labor del Grupo de Trabajo; en este sentido, este órgano interamericano publicó un documento preliminar con los “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, los cuales tienen el objetivo de proveer a los Estados Partes, a las demás organizaciones del Sistema Interamericano, y a la sociedad civil, de una herramienta que sirva de base para la presentación de los informes del Protocolo de San Salvador, pero también para el diseño de un mecanismo interno de evaluación permanente para cada Estado Parte.

Este documento está estructurado en seis partes. En la primera se realizan algunas observaciones generales sobre el sistema de informes. Entre ellas, la CIDH reconoce que la inclusión específica de indicadores de progreso no está contemplada expresamente en el Protocolo de San Salvador, por lo que las Normas representan un complemento y una evolución en relación con dicho instrumento. Teniendo en cuenta el espíritu del Protocolo de San Salvador, se puede sostener que los indicadores de progreso deben incorporar los avances en la realización de los derechos y no considerar los adelantos o retrocesos en términos de desarrollo económico y social. De esta manera, es necesario diferenciar entre progreso económico y social, y cumplimiento del Protocolo de San Salvador.⁹³³

⁹³³ CIDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, párr. 3. En adelante, cuando cito párrafos me refiero a este documento, salvo indicación en contrario.

La CIDH deja claro que el procedimiento de supervisión del Protocolo de San Salvador no está encaminado a examinar la calidad de las políticas públicas de los Estados, sino a fiscalizar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones jurídicas establecidas en él. Si bien para supervisar el cumplimiento de tales obligaciones es necesario determinar las estrategias, acciones y políticas públicas implementadas por los Estados para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, en ningún momento se juzgará entre las opciones que cada Estado, de manera soberana, haya elegido para realizar tales derechos. Por tanto, con el sistema de indicadores y señales de progreso no se busca examinar las políticas estatales como objetivo último, sino si éstas o algunos aspectos de ella tienen algún impacto en el grado de cumplimiento e implementación del Protocolo de San Salvador.⁹³⁴

Por otro lado, el documento reafirma que el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales permite su aplicación en el examen de situaciones generales y en el de situaciones particulares de posibles retrocesos en el ejercicio de ciertos derechos. Por ello, el esquema de indicadores y señales de progreso debería contribuir a exponer los cambios del cuadro de situación general de un país en un período determinado, y también a identificar ciertas situaciones particulares graves de afectación de derechos, en especial cuando se trate de ciertos sectores vulnerables de la población. De esta manera, los Estados tienen prohibido adoptar políticas, medidas, y sancionar normas jurídicas, que sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el Protocolo de San Salvador o con posterioridad a cada avance progresivo. En este sentido, “la obligación de no

⁹³⁴ Párr. 4.

regresividad se constituye, entonces, en uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado”.⁹³⁵

Una cuestión importante que destaca el documento elaborado por la CIDH es el papel dado a la sociedad civil, en el sentido de que el sistema de indicadores de progreso y la presentación de informes periódicos deben servir no sólo para la supervisión internacional, sino también para que los propios Estados y la sociedad civil evalúen la implementación doméstica de los derechos contenidos en el Protocolo de San Salvador.⁹³⁶ Así las cosas, estos mecanismos aplicados eficientemente pueden desempeñar un papel fundamental para comprender cómo y por qué se dan violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, y permiten alertar a los gobiernos y a la sociedad civil sobre las áreas problemáticas donde existe regresión o estancamiento, o donde se están dando progresos significativos, con lo cual se podrían identificar las “buenas prácticas” que permiten tales avances.⁹³⁷

Finalmente, la CIDH considera que los indicadores cuantitativos deben ser complementados con señales de progreso cualitativas que contribuyan a contextualizar la información estadística recabada y que brinden elementos de análisis al órgano de supervisión pertinente. Evidentemente, la efectividad de ambas herramientas dependerá de la posibilidad de acceder a fuentes confiables y seguras de información disponible en cada Estado, quien es el sujeto obligado a garantizar la producción de este tipo de información, su publicidad y su accesibilidad.⁹³⁸ De cualquier manera, las organizaciones de la sociedad civil juegan un rol fundamental de cara a proporcionar al órgano de vigilancia respectivo, información valiosa que

⁹³⁵ Párr. 5-6.

⁹³⁶ Párr. 7.

⁹³⁷ MELISH, Tara J., “Rethinking the ‘Less as More’ Thesis: Supranational litigation of economic, social and cultural rights in the Americas” ... *op. cit.*, pp. 309-310.

⁹³⁸ Párr. 10 y 12.

quizá no se encuentra en los informes de los Estados; incluso, mediante la elaboración de informes alternativos conocidos como “Informes Sombra” (Shadow Reports) o “Contra informes”, la sociedad civil puede señalar los errores, las inexactitudes y las omisiones de los informes estatales.⁹³⁹

En la segunda parte se realiza una diferenciación conceptual entre indicadores socioeconómicos o de desarrollo e indicadores sobre derechos humanos. La principal diferencia entre ellos es que estos últimos tienen como objetivo verificar el cumplimiento de obligaciones suscritas en un tratado internacional de derechos humanos, y por tanto, no se limitan a recoger información sobre la situación económica y social de un Estado parte, sino que buscan determinar el nivel de cumplimiento y efectividad de los derechos a proteger. Sin embargo, no se puede ignorar que algunas normas del Protocolo de San Salvador contienen metas de política pública y hasta orientan la tarea del Estado señalando medidas a adoptar para cumplir tales metas. En estos casos si es necesario acudir a indicadores que coinciden con indicadores socioeconómicos o de desarrollo, los cual a su vez en ocasiones pueden servir de base para la elaboración de indicadores de derechos humanos.⁹⁴⁰

En la tercera parte la CIDH desarrolla una propuesta metodológica para el sistema de monitoreo y comienza distinguiendo entre los indicadores cuantitativos y las señales cualitativas. Estas últimas, a diferencia de los primeros, se caracterizan porque no parten de una categoría preestablecida, como tampoco de una escala de medición ya dada, como la estadística, sino que captan la definición de la situación

⁹³⁹ Al respecto véase EPAL-RATJEN, Sandra, *Parallel reporting before the UN CESCR. Writing a parallel report on the situation of the Right to Adequate Food in co-operation with FIAN International*, FIAN International (October 2003), Heidelberg, May 2007; y VERA MILLAR, Dante y MANRIQUE GARCÍA, María Julia, *Informes Alternativos ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Una guía para la acción*, Coalición Flamenca para la Cooperación Norte-Sur, PIDHDD, Perú, abril de 2002.

⁹⁴⁰ Párr. 15 y 24.

que efectúa el propio actor social y el significado que éste le da al fenómeno evaluado, los cuales son claves para poder interpretar los hechos. Por ejemplo, en materia de salud un indicador cuantitativo es la cantidad de médicos por habitante y la señal de progreso cualitativa se refiere a la percepción de la población en general acerca de la accesibilidad al sistema de salud.⁹⁴¹

Partiendo del modelo de indicadores propuesto en el ámbito de la ONU en el “Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos”,⁹⁴² la CIDH define tres tipos de indicadores y señales de progreso cualitativas: (a) Los indicadores estructurales, que buscan determinar las medidas con que cuenta un Estado y cómo organiza su apartado institucional y su sistema legal para implementar los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el Protocolo de San Salvador; (b) los indicadores de proceso, que buscan medir la calidad y magnitud de los esfuerzos estatales para implementar los derechos del Protocolo de San Salvador, mediante la medición del alcance, la cobertura y el contenido de las estrategias, planes, programas, o políticas u otras actividades e intervenciones específicas encaminadas al logro de metas que corresponden a la realización de un determinado derecho; y (c) los indicadores de resultado, que buscan medir el impacto real de las estrategias, programas, intervenciones estatales.⁹⁴³

A su vez, la CIDH sugiere clasificar la información relevante en tres categorías analíticas: (a) la recepción del derecho en el sistema legal, en el aparato institucional y en las políticas públicas, en el sentido de determinar dónde están reconocidos los derechos del Protocolo de San Salvador (la Constitución, las leyes, la jurisprudencia,

⁹⁴¹ Párr. 28.

⁹⁴² Aprobado por los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos en el Sistema de Naciones Unidas, en su 18ª reunión celebrada en Ginebra el 22 y 23 de junio de 2006.

⁹⁴³ Párr. 29-32.

la práctica gubernamental, etc.); quiénes son los titulares de esos derechos; cuáles son las condiciones de su ejercicio, es decir, si son o no directamente exigibles; y cuáles son las garantías o vías de reclamo disponibles en caso de incumplimiento. (b) las capacidades estatales, en el sentido de revisar la manera y los parámetros estatales para resolver las cuestiones socialmente problematizadas; en otras palabras, con esta categoría de información es posible establecer cómo los Estados definen sus metas y estrategias de desarrollo, y bajo qué parámetros se inscribe el proceso de implementación de los derechos contenidos en el Protocolo de San Salvador. Finalmente, (c) el contexto financiero y compromiso presupuestario, que alude a la disponibilidad y distribución efectiva de los recursos estatales.⁹⁴⁴

En la cuarta parte, la CIDH sugiere incorporar al proceso de evaluación de algunos indicadores y señales de progreso la cuestión de la igualdad, del acceso a la justicia y del acceso a la información y participación, como temas transversales que permitan medir si existen condiciones favorables para el acceso de la población a los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el Protocolo de San Salvador. Con respecto al tema de la igualdad, la CIDH sostiene que la primera obligación de carácter inmediata derivada del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales consiste en asegurar su ejercicio en condiciones de igualdad y sin discriminación. Teniendo en cuenta la realidad de América Latina, se debe tomar como punto de partida la situación de desigualdad estructural en que viven grandes sectores de la población, como las mujeres, los indígenas, los inmigrantes en situación irregular. En relación con el acceso a la justicia, la CIDH sostiene que el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole genera para el Estado la obligación negativa de no impedir el acceso a esos recursos y la obligación positiva de organizar el aparato institucional con el fin de remover todos los obstáculos normativos, sociales o económicos que impidan a las personas acceder

⁹⁴⁴ Párr. 35-42.

a la justicia. Finalmente, con respecto al acceso a la información y participación, este órgano interamericano sostiene que en una sociedad democrática la divulgación y el acceso a la información habilitan a los ciudadanos a monitorear el desempeño de los gobernantes, por lo que es una herramienta clave para la participación ciudadana en las políticas públicas que implementan derechos consagrados en el Protocolo de San Salvador.⁹⁴⁵

En la quinta parte, la CIDH expone un conjunto de indicadores cuantitativos y de señales de progreso cualitativas relacionados con el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud, que han de servir como meros ejemplos que pueden ser considerados para la elaboración de indicadores de progreso respecto los otros derechos consagrados en el Protocolo de San Salvador. La selección de estos dos derechos por parte de la CIDH obedece a la experiencia recogida por ella en su sistema de casos y a los desarrollos de estándares en el sistema de la ONU, especialmente en el marco del CDESC, de otros comités de tratados de derechos humanos y del trabajo de relatores especiales y expertos independientes.⁹⁴⁶

Finalmente, en la sexta parte del documento, la CIDH desarrolla algunas sugerencias sobre el procedimiento a aplicar en la elaboración, presentación y evaluación de los informes del Protocolo de San Salvador en cuyo marco deberían aplicarse los indicadores propuestos. En este sentido, la CIDH señala la necesidad de tomar en cuenta la experiencia del CDESC en la revisión de informes periódicos para adoptar sus aspectos positivos y superar sus limitaciones. También afirma la importancia de permitir la participación de la sociedad civil en la presentación de informes alternativos, ya que es un mecanismo de control ciudadano que debe

⁹⁴⁵ Párr. 45-83. Al final de esta tesis se anexan las tablas elaboradas por la CIDH como ejemplo de la forma en que se pueden triangular indicadores de tipo cuantitativo con señales de progreso cualitativas en materia de estos tres temas transversales.

⁹⁴⁶ Párr. 80-93. Ver las tablas anexas al final de esta tesis que contienen ejemplos de elaboración de indicadores sobre estos dos derechos.

potenciarse y es un referente de legitimidad para las actividades de la OEA.⁹⁴⁷ Por ello, la propia Asamblea General ha reconocido la importancia de esta participación en todas las actividades posibles de la organización, reconocimiento que se ha concretado en la Resolución CP/RES.759(1217/99) adoptada por el Consejo Permanente el 15 diciembre 1999 y que contiene las “Directrices para la participación de las organizaciones de la sociedad civil en las actividades de la OEA”.

Por otro lado, la CIDH propone que teniendo en cuenta la estructura institucional con la que cuenta la OEA, el proceso de implementación del sistema de informes se realice por fases que respondan a grupos de derechos afines y opciones temáticas estratégicas según las necesidades y prioridades de la región. En este sentido, un punto de partida en la presentación de informes debe girar sobre los ejes transversales comunes a todos los derechos, que expusimos anteriormente. A su vez, la CIDH considera conveniente que el Grupo de Trabajo pueda precisar la información que estime relevante, agregando o quitando según el caso algunos de los indicadores, para facilitar la tarea del Estado de elaborar sus informes con mayor precisión y utilidad. Bajo estos parámetros, recomienda realizar una especie de actividad preparatoria similar a la que desarrolla el Grupo de pre- sesión del CDESC. Finalmente, teniendo en cuenta que el ámbito interamericano incluye un número relativamente bajo de países –si se compara con el ámbito universal en el que desarrolla su trabajo el CDESC- es posible explorar metodologías creativas en la evaluación de los informes, como por ejemplo, la posibilidad de que el Grupo de Trabajo realice visitas *in loco* si lo estimara necesario para garantizar el contacto directo con agencias estatales y la mayor participación posible de la sociedad civil.⁹⁴⁸

⁹⁴⁷ Párr. 97-104.

⁹⁴⁸ Párr. 107-119.

Sin lugar a dudas, es un avance importante la elaboración y publicación de este documento preliminar con lineamientos para la elaboración de indicadores de cara a la preparación de los informes estatales, gracias a lo cual, además de proveer a los Estados, a las demás organizaciones del Sistema Interamericano, y a la sociedad civil, de una herramienta que sirva de mecanismo interno de evaluación permanente, también puede brindar la oportunidad de extender el imperio de la ley en términos de respeto de derechos humanos, a la esfera de la economía, que hasta el momento ha permanecido inmune a las demandas de democratización, de rendición de cuentas y de plena aplicación de las normas internacionales de derechos humanos.⁹⁴⁹ Sin embargo, no se debe ignorar que todavía existen algunos problemas que deben ser superados para hacer del sistema de indicadores un mecanismo efectivo, por ejemplo, el volumen de datos a analizar es enorme; la percepción de la importancia de los indicadores varía según el observador; los resultados dependen de la exactitud y honestidad de quienes realizan el monitoreo y de quienes suministra la información; la previsión es siempre difícil, en el sentido de que la identificación de los indicadores en un territorio requiere un profundo conocimiento de las condiciones del lugar; el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales en sí mismo es controvertido y puede variar según el país; entre otros.⁹⁵⁰

De cualquier forma, no se puede negar que el sistema de indicadores constituye un instrumento poderoso de promoción y de lucha por los derechos humanos en general, y por los derechos económicos, sociales y culturales en particular, sobre todo porque su utilización permite distinguir a los actores importantes, y en consecuencia, exigirles la respectiva responsabilidad por sus acciones. Tal como lo ha señalado el Programa de Naciones Unidas para el

⁹⁴⁹ TOMAŠEVSKI, Katarina, "Indicators", in ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina and ROSAS, Allan (Eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook... op. cit.*, pp. 531-532.

⁹⁵⁰ KIRBY, Michael, "Indicators for the implementation of Human Rights", in SYMONIDES, Janusz (Ed.), *Human rights: International protection, monitoring, enforcement*, Ashgate/UNESCO Publishing, Hants, 2003, pp. 328-329.

Desarrollo, los indicadores son un mecanismo esencial para (a) formular mejores políticas y vigilar los procesos realizados; (b) comprobar los efectos no deseados de leyes, políticas y prácticas estatales; (c) determinar qué actores están influyendo en la realización de los derechos; (d) poner de relieve si esos actores están cumpliendo sus obligaciones; (e) advertir de antemano las posibles violaciones a derechos para adoptar medidas preventivas; (f) fortalecer el consenso social respecto de decisiones difíciles que deban adoptarse frente a la limitación de recursos; y (g) sacar a la luz pública cuestiones que han sido desatendidas o silenciadas.⁹⁵¹

1.2. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.

Tal como lo analizamos en el apartado 2.2.4 del capítulo II, se puede ampliar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante la aplicación de determinadas obligaciones que tienen como fuente a los derechos civiles y políticos, como por ejemplo, el derecho a las garantías judiciales, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la protección judicial, establecidos en los artículos 8, 24 y 25 del Pacto de San José, respectivamente. En virtud de la práctica y jurisprudencia de la CIDH y la Corte IDH examinada en el apartado 2.4.1, las obligaciones derivadas de los derechos anteriormente mencionados pueden aplicarse sin ningún problema a los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el artículo 26 de dicho instrumento y a los derechos contenidos en el Protocolo de San Salvador.

Teniendo en cuenta que los Estados tiene la obligación negativa de no impedir el acceso a los recursos judiciales y la obligación positiva de remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la

⁹⁵¹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe de Desarrollo Humano 2000*, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid-Barcelona-México, 2000, pp. 89-92.

justicia en todas los asuntos que se decidan cuestiones sobre los derechos humanos de las personas, sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, la CIDH reconoció la necesidad de delinear principios y estándares sobre los alcances de los derechos al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva, en casos que involucran la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, entiende que el acceso a la justicia o a los recursos judiciales adecuados, es un componente fundamental para garantizar el disfrute de tales derechos, para contribuir a mejorar la institucionalidad de las políticas y servicios sociales en el continente americano, para apoyar el fortalecimiento de los sistemas de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas, y para mejorar los mecanismos de participación y vigilancia de las políticas públicas en la materia.⁹⁵²

Por ello, y con el fin de en el avance de la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano, la CIDH preparó y publicó un estudio que además de servir como marco conceptual para la elaboración de los indicadores analizados anteriormente, revisa y sistematiza la jurisprudencia y práctica de los órganos interamericanos sobre cuatro temas centrales y prioritarios: (a) La obligación de remover obstáculos económicos para asegurar el acceso a los tribunales; (b) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos económicos, sociales y culturales; (c) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a tales derechos; y (d) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de esos derechos, tanto en el ámbito de su ejercicio individual como colectivo.⁹⁵³

⁹⁵² CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos humanos... op. cit.*, párr. 1-2. En adelante, cuando cito párrafos me refiero a este documento, salvo indicación en contrario.

⁹⁵³ Párr. 3.

(a) En relación con la obligación de remover obstáculos económicos, la CIDH ha reconocido que la desigual situación económica o social de los litigantes se refleja en una desigual posibilidad de defensa en juicio. Por ello, recuerda que tanto la Corte IDH como ella, han establecido la obligación de proporcionar en ciertas circunstancias servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos, con el objetivo de evitar la vulneración de su derecho a acceder a la justicia. Para justificar la procedencia de la asistencia legal gratuita, la CIDH ha identificado algunos criterios, tales como, la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso; y la importancia de los derechos afectados. En ciertos casos, también ha determinado como criterio, la complejidad técnica de ciertas acciones constitucionales.⁹⁵⁴

En el mismo sentido, la CIDH reiteró que los costos del proceso y la localización de los tribunales son factores que también provocan que sea imposible el acceso a la justicia; por tanto, un determinado proceso que requiera excesivos costos para su desarrollo, vulnera el artículo 8 de la Convención Americana, ya que un recurso, especialmente el judicial, además de ser rápido y efectivo, también debe ser económico o asequible para todos. Bajo este parámetro, la CIDH ha comenzado a identificar situaciones estructurales de desigualdad que limitan el acceso a la justicia de determinados sectores en situación de desventaja, razón por la cual, los Estados están en la obligación de proveer servicios legales gratuitos y de fortalecer los dispositivos comunitarios al efecto, a fin de facilitarles el acceso a instancias judiciales de protección, y a información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos disponibles para su tutela.⁹⁵⁵

⁹⁵⁴ Párr. 48-65.

⁹⁵⁵ Párr. 66-88.

(b) Con respecto a los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos, la CIDH ha señalado que históricamente la implementación de las políticas y servicios sociales han estado reservadas a la discrecionalidad de los poderes públicos, por ello es necesario adoptar una perspectiva de derechos a fin de garantizar la vigencia de las reglas del debido proceso en los procedimientos administrativos vinculados con los derechos económicos, sociales y culturales, y evitar en lo posible márgenes inapropiados de discrecionalidad que pudieran propiciar el ejercicio de prácticas arbitrarias y discriminatorias.⁹⁵⁶

Teniendo en cuenta que la labor de la administración posee límites infranqueables como el respeto de los derechos humanos, es imperativo que se respeten todos los elementos que componen la garantía del debido proceso, a saber, el derecho a ser asistido jurídicamente; a ejercer la defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y para promover y evacuar las pruebas pertinentes; la notificación previa sobre la existencia misma del proceso; el derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto en litigio; la necesidad de garantizar la publicidad de la actuación administrativa; el derecho a un plazo razonable del proceso; y la revisión judicial de la legalidad y racionalidad de las decisiones administrativas.⁹⁵⁷

(c) En relación con los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales, los órganos del Sistema Interamericano han establecido que los Estados tienen la obligación de diseñar y reconocer normativamente recursos efectivos para la protección de los derechos humanos, y para asegurar la su debida aplicación por parte de las autoridades judiciales en procedimientos con las garantías adecuadas. Además, han comenzado a precisar los elementos que componen el derecho al

⁹⁵⁶ Párr. 95-123.

⁹⁵⁷ Párr. 124-169.

debido proceso respecto de los procedimientos de carácter social, a saber, el principio de igualdad de armas; el derecho a contar con una decisión razonada relativa al fondo del asunto en litigio; el derecho a un plazo razonable del proceso, teniendo en cuenta la complejidad del asunto; la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales, la finalidad del procedimiento judicial respectivo, y la naturaleza de los derechos en juego.⁹⁵⁸

Finalmente, la CIDH y la Corte IDH han destacado que la etapa de ejecución de las sentencias es parte integrante del proceso y que en consecuencia, debe ser tomada en cuenta a la hora de examinar la razonabilidad del plazo de un proceso judicial. En el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales este aspecto es de gran importancia, ya que particularmente en materia de seguridad social y de prestaciones laborales, la ejecutoria de una sentencia se ve seriamente retrasada y/o obstaculizada acciones dilatorias de los propios Estados o de terceros cuando son éstos los demandados.⁹⁵⁹

(d) Por último, con respecto a los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva, se entiende que este derecho exige a los Estados cumplir con la obligación de brindar mecanismos judiciales idóneos y efectivo para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto en su dimensión individual como colectiva. Por las razones expuestas en la primera parte de esta tesis, los mecanismos judiciales han sido construidos para tutelar los derechos civiles y políticos, los cuales en muchas ocasiones no son adecuados para los derechos económicos, sociales y culturales, por ello la Corte IDH ha reconocido la necesidad de que los Estados

⁹⁵⁸ Párr. 177-217.

⁹⁵⁹ Párr. 218-234. Para un ejemplo de las dificultades que encuentran los trabajadores en Honduras para acceder a la justicia laboral, véase PAREDES GÁMEZ, Maritza, RODRÍGUEZ, Elia Yadira, et al, *Obstáculos a la justicia laboral en Centroamérica y el Caribe: Estudio de caso Honduras*, Equipo de Monitoreo Independiente de Honduras/Iniciativa Regional para la Responsabilidad Social y el Trabajo Digno, Tegucigalpa, Honduras, diciembre de 2007, pp. 51-86.

diseñen e implementen mecanismos jurídicos adecuados para la tutela de tales derechos, particularmente en materia laboral. Pese a ello, la CIDH y la Corte IDH han comenzado a delinear estándares para la tutela de tales derechos a partir de las obligaciones derivadas del derecho a la protección judicial contenido en el artículo 25 de la Convención Americana. En tal sentido, se ha señalado que las medidas de protección judicial deben caracterizarse, entre otras cosas, por ser recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes; que deben poder tramitarse como recursos individuales o colectivos; y que debe preverse la aplicación de estas medidas de protección en consulta con los afectados.⁹⁶⁰

Sin duda alguna, la existencia de mecanismos jurídicos es fundamental para la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, y en ese sentido, el documento analizado sobre el acceso a la justicia como garantía de estos derechos representa un esfuerzo importante de los órganos del Sistema Interamericano para avanzar en la implementación efectiva de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador. Dicho esfuerzo, junto con los lineamientos para la elaboración de indicadores y los tímidos pasos dados a nivel de casos en el marco de la competencia contenciosa de la CIDH y de la Corte IDH, hacen suponer que el tema de los derechos económicos, sociales y culturales irá adquiriendo mayor relevancia en nuestro sistema regional.

⁹⁶⁰ Párr. 235-323. Al respecto, la CIDH ha manifestado que muchas violaciones “de derechos económicos, sociales y culturales, se producen precisamente en aquellos países en que, o no existen medios de protección adecuados para remediar estas violaciones o los órganos establecidos a este efecto son impotentes o ineficaces. Es obvio que en aquellos países en que el poder judicial carece de toda independencia o en aquellos en que si bien se respeta formalmente su independencia, los magistrados están sujetos a presiones y amenazas por parte de las autoridades ejecutivas, no puede haber una defensa efectiva en el orden interno de los derechos humanos. De nada vale el ejercicio de recursos como el *habeas corpus* o el de amparo si los magistrados judiciales no son independientes o actúan en un clima de inseguridad y a veces de terror que los inhibe de actuar. Si, para completar este cuadro, como ocurre con frecuencia, o no hay poder legislativo o sus integrantes son dóciles instrumentos de la voluntad del ejecutivo, hay una absoluta falta de protección en el orden interno a los derechos y libertades fundamentales”, en CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1978*, 29 de junio de 1979, Parte II.

No obstante, hay que tener claro que *tomar en serio* los derechos económicos, sociales y culturales implica un compromiso con la integración social, la solidaridad y la igualdad, incluida la cuestión de la distribución de renta;⁹⁶¹ por ello, el litigio de casos relacionados con estos derechos no debe verse como un fin en sí mismo, sino como un medio más para promover la justicia social en el continente americano; en otros términos, el litigio ante la CIDH y la Corte IDH debe constituirse en una herramienta subsidiaria que apoye los esfuerzos de incidencia política llevados a cabo por movimientos sociales y organizaciones de la sociedad civil en los ámbitos nacional y regional.⁹⁶²

2. El papel de los órganos del Sistema Interamericano frente al impacto de los tratados comerciales sobre los derechos económicos, sociales y culturales.

En el apartado 2.1 del capítulo II señalamos que en el marco de la globalización económica han aparecido en la escena de los derechos humanos actores no estatales generalmente más fuertes y poderosos que los propios Estados, y con una enorme capacidad para influir en la orientación de las políticas públicas, especialmente en lo relativo a la privatización de los servicios públicos y la explotación de los recursos naturales de los países en los que operan. Evidentemente, estas condiciones permiten que a través de sus actividades tengan una mayor relación directa o indirecta con las personas, lo que los coloca en una posición parecida a la del Estado en cuanto a la posibilidad de transgredir los derechos humanos de la población.

⁹⁶¹ ASBJØRN, Eide and ROSAS, Allan, “Economic, social and cultural rights: A universal challenge”, in ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina and ROSAS, Allan (Eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook... op. cit.*, p. 5.

⁹⁶² CAVALLARO, James L. y ERIN BREWER, Stephanie, “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 5, N° 8, junio de 2008, pp. 86-95.

En el continente americano, los procesos de integración económica están allanando el camino para que actores no estatales, como las empresas transnacionales, adquieran cada vez más protagonismo en la esfera del comercio, la inversión y los servicios, y en otros aspectos claves de las economías nacionales que parecen afectar las capacidades de los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Aunque debe reconocerse que estas empresas generan empleo para millones de personas, también hay que señalar que algunas de sus prácticas pueden tener un efecto negativo sobre los derechos humanos, sobre todo por la forma en que sus procesos de producción repercuten en los trabajadores, las comunidades y el medio ambiente.⁹⁶³

Una de las formas en que la integración económica se visibiliza en la región es en la adopción de acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales, entre los que destacan el Área de Libre Comercio de las Américas (en adelante el ALCA), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante el TLCAN), el Tratado Unión Europea-México (en adelante el TLCUEM), el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (en adelante el CAFTA-RD), entre otros, los cuales, de acuerdo con sus promotores, representan una herramienta necesaria para el progreso y el desarrollo de los países, especialmente de América Latina. No obstante, debido a que estos acuerdos no toman en cuenta las asimetrías existentes entre los países económicamente más débiles de la región y los más fuertes (Estados Unidos, Canadá, la Unión Europea), *prima facie* pareciera que este libre comercio entre socios desiguales coloca a los primeros en franca desventaja frente a los segundos, lo cual genera dudas sobre su impacto real en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de las poblaciones de los países más débiles.

⁹⁶³ Amnistía Internacional, *Informe de Política exterior y derechos humanos del Gobierno español 2004-2005. ¿Una política de gestos?*, Amnistía Internacional España, Madrid, 2005, pp. 47-48.

Por otro lado, estos tratados tienen el mismo carácter vinculante y jerarquía que los instrumentos de derechos humanos como la Convención Americana o el Protocolo de San Salvador, y al regular ambas cuestiones relativas a derechos humanos de manera directa o indirecta, los posibles conflictos de prevalencia entre derechos humanos y derechos comerciales es un tema de preocupación, sobre todo porque los TLC contienen mecanismos precisos que garantizan severas sanciones en caso de incumplimiento, mientras que algunos tratados de derechos humanos no están acompañados de los mecanismos idóneos para su cumplimiento, especialmente los relativos a los derechos económicos, sociales y culturales.⁹⁶⁴ Así las cosas, en un caso hipotético un Estado parte podría violar el derecho a la salud consagrado en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador sin que pueda ser denunciado ni sancionado, pero si el mismo Estado violara la prohibición de expropiación directa o indirecta establecida en los TLC, sería objeto de denuncia por parte de la empresa afectada y de una posterior sanción por las instancias instituidas para tal efecto.⁹⁶⁵

Evidentemente, el análisis sobre las posibles consecuencias de los TLC sobre los derechos humanos en general, y los derechos económicos, sociales y culturales en particular, resulta más fundamentado si tomamos en cuenta las experiencias concretas de los TLC con mayor tiempo de implementación, en este caso el TLCAN y en menor medida el CAFTA-RD. Por ello, en primer lugar examinaremos brevemente el contexto en el que se dan estos tratados, los contenidos más importantes y conflictivos de cara a la garantía de los derechos humanos, y las

⁹⁶⁴ Como hemos visto, el Protocolo de San Salvador sólo reconoce la competencia de la CIDH y la Corte IDH para dos derechos (el derecho a la educación y la libertad sindical), mientras que el resto quedan sujetos a un sistema de informes.

⁹⁶⁵ Otro dato que demuestra la importancia dada por los Estados americanos al derecho mercantil frente al derecho internacional de los derechos humanos es la asignación de recursos otorgados los organismos relacionados con ambos. Así, en el proceso de negociación y conformación del ALCA trabajaron 900 personas, mientras que la CIDH en ese mismo período contaba con un equipo de 41 personas.

herramientas con que cuenta el Sistema Interamericano en relación con el papel que deben jugar la CIDH y la Corte IDH al respecto.

2.1. Los tratados de libre comercio en contexto.

En el año 1994 se celebró en Miami, Estados Unidos, la Primera Cumbre de las Américas en donde se presentó la iniciativa de formar un Área de Libre Comercio de las Américas, el ALCA, que para el año 2005 potenciaría el libre comercio entre 34 países americanos con la excepción de Cuba. En términos concretos, el ALCA representaría la extensión del TLCAN adoptado en 1993, a los otros países de la región. Sin embargo, ante la lentitud y los obstáculos encontrados en el proceso de negociación, el ALCA fue prácticamente enterrado en la IV Cumbre de Presidentes de las Américas, celebrada en Mar del Plata, Argentina. En esta cumbre, la falta de consenso entre los 34 gobernantes fue casi insalvable, debido sobre todo al disenso de 4 miembros importantes del Mercado Común Suramericano, Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay, a lo que se sumó Venezuela.

La discrepancia fue tanta que en el párrafo referido al ALCA de la declaración final no se logró ningún acuerdo y fue necesario incluir las dos posiciones en conflicto. Así, el artículo 19 de esta declaración reconoce la importancia de la integración económica en la creación de trabajo para enfrentar la pobreza y fortalecer la gobernabilidad democrática en el continente americano, e incorpora la posición de quienes están a favor del ALCA en el sentido de admitir que pese a las dificultades del proceso de este acuerdo, mantienen el compromiso “con el logro de un acuerdo equilibrado y comprensivo dirigido a la expansión de los flujos comerciales y, en el nivel global, un comercio libre de subsidios y de prácticas que los distorsionen, con beneficios concretos y sustantivos para todos;” y acto seguido incluye la posición de quienes consideran “que todavía no están dadas las condiciones necesarias para lograr un acuerdo de libre comercio hemisférico y equitativo con acceso efectivo a los

mercados, libre de subsidios y prácticas de comercio distorsivas y que tome en cuenta las necesidades y sensibilidades de todos los socios así como las diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías.”⁹⁶⁶

Ante la falta de consenso y la imposibilidad de lograr un área de libre mercado en todo el continente, Estados Unidos comenzó a celebrar TLC bilaterales y subregionales, tal como lo hizo con el TLCAN en 1993 con Canadá y México. En el año 2003 firmó un TLC con Chile, en el año 2005 lo firmó con Centro América y República Dominicana (TLCA-RD), en el mismo año firmó uno con Perú, en el año 2006 con Colombia y en el 2007 con Panamá. Hay que destacar que la entrada en vigor de todos estos TLC acelera y profundiza la política de apertura comercial y a las inversiones que se inicia con el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT por sus siglas en inglés) firmado en 1948, que junto con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS por sus siglas en inglés) y el Acuerdo sobre Comercio de Propiedad Intelectual (TRIPs por sus siglas en inglés), son administrados por la Organización Mundial del Comercio (en adelante la OMC) que fue establecida en 1995.⁹⁶⁷

Como hemos dicho, de forma oficial se considera que estos TLC implican grandes beneficios para los países subscriptores y en consecuencia, con repercusiones positivas en las condiciones de vida de la población; no obstante, desde diversos sectores ponen en tela de juicio tal afirmación, ya que por una parte, desde un inicio el proceso de las negociaciones se ha caracterizado por su hermetismo, desarrollado a puertas cerradas, en cumbres ministeriales, con lo cual pareciera que el interés de los negociadores es que la población no se entere sobre lo que ahí se discute; y por otro

⁹⁶⁶ IV Cumbre de las Américas, *Declaración de Mar de Plata*. “*Crear trabajo para enfrentar la pobreza y la gobernabilidad democrática*”, Mar de Plata, Argentina, 5 de noviembre de 2005.

⁹⁶⁷ Para un análisis sobre la relación entre los derechos humanos y la OMC, véase PIPAN, Anita, *Los derechos humanos y la OMC*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires/Madrid, 2006.

lado, aunque lo económico es el contenido central de los TLC, también la pobreza y los derechos humanos son temas que han sido discutidos en las mesas de negociaciones, por lo que sin duda la aplicación de dichos tratados tendrá efectos directos sobre los derechos humanos de más de 800 millones de personas y sobre la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales. Evidentemente, la forma en que se han negociado estos acuerdos restringe desde ya varios derechos importantes para la gobernabilidad democrática que tienen que ver con el acceso a la información y la participación política.

Bajo estos parámetros, analizaremos algunos de los aspectos, resultados y experiencias ya vividas para determinar si los TLC, tal como están planteados, tienen consecuencias negativas sobre la vigencia de los derechos humanos en general, y los derechos económicos, sociales y culturales en particular en tales países.

2.2. El contenido de los tratados de libre comercio y sus efectos.

En términos generales, los temas más importantes dentro de los TLC son (a) el acceso a mercados, (b) las inversiones, (c) los servicios, (d) las compras del sector público, (e) la agricultura, (f) los derechos de propiedad intelectual, (g) los subsidios antidumping y derechos compensatorios, (h) la política de competencia y (i) la solución de controversias. Para América Latina, el acceso al mercado y su impacto en la agricultura es de vital importancia para la seguridad alimentaria, ya que este sector es una fuente fundamental de financiamiento y de subsistencia en la región. A su vez, el tema de las inversiones y la propiedad intelectual tiene implicaciones que van más allá de lo meramente económico, especialmente en lo relacionado con el conocimiento ancestral de los pueblos indígenas y tribales; y por último, muchos de los aspectos mencionados dentro de los TLC constituyen una seria limitación para que los Estados puedan diseñar e implementar políticas públicas de desarrollo. Tal

como lo ha señalado la CIDH, “[l]a política económica, al igual que la defensa nacional, constituyen asuntos vinculados estrechamente a la soberanía nacional”⁹⁶⁸.

En este sentido, el acceso a los mercados tiene como objetivo la eliminación gradual de los aranceles en la exportación de las mercancías por sectores productivos, las medidas no arancelarias y las salvaguardias (excepciones a la eliminación de aranceles). Uno de los sectores más sensibles en este rubro es el sector agropecuario, ya que en América Latina y el Caribe, el 25 % de la población depende de la agricultura y de ellos, el 63.7% viven en la pobreza. El aspecto más controvertido de las políticas de liberalización agrícola incluidas en los TLC son los subsidios a la producción y a la exportación que mantienen los países desarrollados. Por ejemplo, Estados Unidos quiere eliminar cualquier barrera al comercio para poder exportar sus productos, pero al mismo tiempo, la ley Agrícola de 2002 (*The Farm Bill*) incrementó la partida presupuestaria para subsidios superando los 180 mil millones de dólares. Esto contrasta con las políticas agrícolas de América Latina, que a partir de los años 80 disminuyeron los aranceles y otras barreras no arancelarias a la importación, así como el apoyo estatal al campo, cumpliendo con lo dispuesto en los programas de ajuste estructural ordenados por el FMI y el BM.⁹⁶⁹

Como ejemplo, es revelador el hecho de que para 1999 se calculaba que el Gobierno de los Estados Unidos otorgaba subsidios por 21 mil millones de dólares en promedio a cada productor de tiempo completo; Canadá lo hacía con 9 mil millones de dólares; y México con mil millones, lo cual desvela la clara asimetría en la que

⁹⁶⁸ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980... op. cit.*, Capítulo VI, párr. 5.

⁹⁶⁹ AMAT, Patricia, FRIED, Mark, et al, *Comercio con justicia para las Américas. Agricultura, inversiones y propiedad intelectual, tres razones para decir no al ALCA*, Oxfam Internacional, enero de 2003, pp. 3-8.

compiten los socios comerciales.⁹⁷⁰ Evidentemente, este subsidio permite a los agricultores disminuir los costos y vender más barato, por lo que ante el hecho de que la mayoría de los gobiernos latinoamericanos subsidian poco o nada a sus agricultores, y más aún, los TLC prohíben dichos subsidios, esta situación los coloca en desventaja y desigualdad frente a los agricultores estadounidenses, provocando una infinidad de consecuencias negativas tanto para su subsistencia como para el desarrollo del campo, y en consecuencia, una pérdida de soberanía alimentaria.

En términos generales se podría decir que con la vigencia del TLCAN, la experiencia de México en cuanto al libre comercio ha sido mixta. Ciertamente, ha habido beneficios como el crecimiento de las exportaciones mexicanas a un ritmo rápido del 10% anual durante los años 90 y el aumento de la inversión extranjera directa. Pero por otro lado, los salarios reales han descendido, los productos agrícolas estadounidenses han inundado el mercado y bajado los precios de los productos nacionales, y la pobreza y la inequidad han incrementado.⁹⁷¹ En esta línea, la agricultura mexicana se encuentra en una grave crisis, a tal grado que México compra en el exterior el 50% del arroz y el 40% de la carne que consume. Las importaciones de maíz han crecido en un 3,000% y el precio del maíz cayó entre 1993 y 1999 un 45%. Desde que entró en vigencia dicho tratado, 6 millones de mexicanos han abandonado el campo y casi 2 millones de hectáreas de tierra se han dejado de cultivar, trayendo consigo un aumento de la migración hacia Estados Unidos por cuyas fronteras cada año pasan de forma indocumentada más de medio millón de mexicanos, del cual, el 70% es deportado a México.⁹⁷²

⁹⁷⁰ ARROYO PICARD, Alberto, *Resultados del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en México: Lecciones para la negociación del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas*, Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio/Oxfam Internacional, México, diciembre de 2001, pp. 76-77.

⁹⁷¹ STIGLITZ, Joseph E. and CHARLTON, Andrew, *Fair trade for all. How trade can promote development*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2005, p. 23.

⁹⁷² GÓMEZ, Manuel Ángel y SCHWENTESIUS RINDERMANN, Rita, "Impacto del TLCAN en el sector agroalimentario mexicano. Evaluación a 10 años", en AA. VV., *Lecciones del TLCAN: El alto costo del "libre" comercio*, Alianza Social Continental/Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio,

Con respecto a la propiedad intelectual, si bien teóricamente es un tema que debería establecer un equilibrio entre el interés de los creadores de productos socialmente útiles y los intereses de la sociedad, en virtud del TRIPs se ha favorecido la actividad comercial por encima del interés público y el desarrollo sustentable de los países empobrecidos del Sur, al otorgar a los dueños de las patentes monopolios de hasta 20 años. Bien es sabido que los principales impactos de este acuerdo se producen en las patentes farmacéuticas y agroindustriales, en tanto las grandes empresas transnacionales buscan dominar la venta y compra de sus productos patentados, aún por encima del interés general. Aunado a lo anterior, la posibilidad de patentar materia viva y los conocimientos sobre el uso de las plantas afecta directamente a los pueblos indígenas y pequeños agricultores de los países en desarrollo, que tienen casi el 90% de los recursos biológicos del mundo.⁹⁷³

Como la propiedad intelectual tradicional no está protegida, la regulación permite, mediante una pequeña modificación, apropiarse de esos conocimientos por parte de cualquiera y tener el monopolio de los mismos. A su vez, se limita la posibilidad de producir medicinas genéricas más accesibles para las personas de los países pobres, pese a que la Declaración ministerial de Doha del 2001 de los países miembros de la OMC, estableció el principio de que la salud pública debe tener la prioridad por encima de los intereses comerciales.⁹⁷⁴ No obstante, los TLC ignoran los principios de dicha declaración y tienden a ir más allá que el TRIPS; por ejemplo, en el marco del CAFTA-RD, se obliga a los Estados a ratificar una serie de tratados entre los que destaca la Convención Internacional para la Protección de las Nuevas

México, noviembre de 2003, pp. 50-53; ARROYO PICARD, Alberto, *Resultados del Tratado de Libre Comercio... op. cit.*, pp. 79-90.

⁹⁷³ AMAT, Patricia, FRIED, Mark, et al, *Comercio con justicia... op. cit.*, pp. 23-30.

⁹⁷⁴ DILLON, John y DAWKINS, Kristin, "Análisis del Borrador del Área de Libre Comercio de las Américas sobre derechos de propiedad intelectual", en AA. VV., *El ALCA al desnudo: Críticas al texto del borrador del Área de Libre Comercio de las Américas de noviembre de 2002*, Alianza Social continental, enero 2003, pp. 98-106.

Variedades Vegetales (UPOV, por sus siglas en inglés) que aumenta la protección de las transnacionales en la producción y suministro de semillas. Pero no se hace mención alguna al Convenio sobre la Diversidad Biológica que reconoce el derecho soberano de los Estados sobre sus propios recursos biológicos. Además, se limita la posibilidad de producir genéricos a cambio del pago de regalías; y establece un nuevo plazo de cinco años para los derechos exclusivos sobre los datos de prueba, cuya información también se puede utilizar para la comercialización de medicamentos genéricos.

En relación con la soberanía de los Estados, una de las principales asimetrías en los TLC es el diferente efecto que tiene en Estados Unidos y en los países latinoamericanos, de acuerdo con el derecho interno de cada uno. Así, para Estados Unidos en virtud de su derecho interno, los TLC son solamente acuerdos comerciales, jerárquicamente inferiores a la Constitución y a las leyes federales. Sin embargo, en el caso del TLCA-RD, por ejemplo, según las constituciones políticas de los países centroamericanos y de República Dominicana, tiene un rango superior que las leyes ordinarias. Obviamente, lo anterior supone un debilitamiento importante del Estado de derecho en los países latinoamericanos, sobre todo si tenemos en cuenta algunos aspectos sobre la limitación que sufren los gobiernos de establecer políticas socioeconómicas encaminadas a proteger y promover los intereses de la población. Además, quienes negocian y firman los TLC son miembros del Poder Ejecutivo, y una vez que estos tratados llegan a las asambleas legislativas, éstas sólo pueden aceptarlos o rechazarlos pero no discutirlos para posibles modificaciones; bajo estos parámetros es evidente la restricción al principio democrático de participación del pueblo mediante sus representantes y al principio del equilibrio entre los distintos poderes estatales.

Con respecto a las inversiones, los TLC profundizan la tendencia que ha caracterizado a los países latinoamericanos en los últimos años en el marco de las regulaciones previstas por la OMC, en el sentido de que en su pugna por atraer la inversión extranjera, se desregulan los controles sobre el capital, se flexibilizan las leyes laborales y ambientales, y se aumenta la protección de los inversionistas.⁹⁷⁵ La regulación de la inversión extranjera se basa en cuatro principios fundamentales: (a) El principio de trato nacional y nación más favorecida, que implica que los Estados tienen que tratar a las compañías extranjeras al menos con las mismas condiciones que trata a las nacionales y a los inversionistas de otros países.⁹⁷⁶ Así, un Estado no puede, por ejemplo, dar preferencia a pequeñas empresas o a empresas de zonas económicamente deprimidas. (b) la prohibición de requisitos de desempeño, en virtud de la cual los Estados no pueden regular la inversión para que éstas contribuyan a alcanzar objetivos económicos y sociales del país. Por ejemplo, no pueden establecer condiciones a la explotación de recursos naturales que respondan a objetivos nacionales (transferencia tecnológica, servicio a las zonas más deprimidas, entre otros).

(c) La prohibición de expropiación directa o indirecta, lo que implica que los Estados no pueden implementar regulaciones que amenacen con disminuir las ganancias esperadas por las empresas porque podría constituir expropiación indirecta. Por ejemplo, la promulgación de una ley para proteger el medio ambiente puede ser considerada una expropiación indirecta si supone una pérdida de beneficios futuros para un inversionista. (d) El mecanismo de solución de

⁹⁷⁵ Pese a que en los TLC hay un capítulo expreso para las inversiones, se considera también que los capítulos de liberalización de servicios (que incluye desde la banca hasta el tratamiento de agua, la electricidad, etc.) y de compras públicas están directamente relacionados con la inversión de capital extranjero.

⁹⁷⁶ El TLCAN fue el primero en incluir el principio de trato nacional para las inversiones, ya que anteriormente sólo se aplicaba a las mercancías, en PÉREZ ROCHA, Manuel, PORTER, Steve, et al, "El proyecto del ALCA y los derechos de los inversionistas. 'Un TLCAN Plus': Un análisis del borrador del capítulo de inversiones del ALCA", en AA. VV., *El ALCA al desnudo... op. cit.* pp. 45-46.

controversias, en virtud del cual, los inversionistas pueden demandar a los gobiernos ante paneles arbitrales internacionales y exigirles compensaciones cuando incumplan sus compromisos. En otros términos, este tipo de mecanismos otorga a las corporaciones extranjeras derechos especiales para el uso de arbitrajes internacionales al margen de verdaderos controles públicos y sustituyendo a las legislaciones y jurisdicciones nacionales. Contradictoriamente, estos cuatro principios anulan las herramientas políticas y jurídicas que los países desarrollados utilizaron como mecanismos de su propio desarrollo y de protección de los derechos de sus ciudadanos, sobre todo los laborales, los medioambientales y de salud.

Es importante subrayar que en el marco de los TLC los Estados aceptan que las controversias que se susciten sean resueltas por un laudo arbitral. Sin ninguna duda, el arbitraje es un mecanismo que ofrece muchas ventajas en el ámbito del comercio internacional debido a la celeridad del procedimiento y a la neutralidad que teóricamente lo caracteriza; sin embargo, también se debe reconocer que su éxito depende no sólo de sus virtudes sino también de aquellos agentes que lo han promocionado y que han hecho de él un medio idóneo para la resolución de diferencias.⁹⁷⁷ En este sentido, resulta preocupante que el derecho a aplicar por un árbitro internacional en caso de controversia es el que hemos analizado a lo largo de este apartado, el cual en muchos aspectos es contrario a las normas relativas a los derechos humanos.

Respecto a lo anterior, analicemos uno de los ejemplos más emblemáticos en el que la empresa de residuos sólidos METALCLAD Inc. demandó al Gobierno

⁹⁷⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *El arbitraje comercial internacional*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 41-43. Para estos autores, el arbitraje es “un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basados en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas -por ejemplo, delegando en un tercero imparcial, persona física o jurídica- a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria -el laudo arbitral- que ponga fin a la diferencia entre ellas” (p. 19).

mexicano ante el Tribunal del Centro Internacional para la Resolución de Disputas en Inversión por impedirle instalar un vertedero en el Estado de San Luis Potosí. La sociedad civil de la región, preocupada por su salud y por los posibles efectos sobre el agua potable, logró convencer al Gobernador del Estado y al Gobierno federal a no autorizar semejante proyecto. Sin embargo, el tribunal mencionado declaró inválido el derecho del Gobierno mexicano a negar la autorización. Con ello, se envió un mensaje claro en el sentido de que cuando un Gobierno promulga medidas de protección a la salud humana, del interés público o del medio ambiente se expone a ser demandado por lesionar el “derecho” de los inversionistas. Así, el Gobierno mexicano fue condenado a pagar 16,7 millones de dólares a METALCLAD Inc. por su negativa a permitir la instalación de un vertedero de desechos tóxicos.⁹⁷⁸

En este caso, el tribunal arbitral se pronunció sin ambigüedades sobre el derecho de la empresa e incluso afirmó que la oposición de la sociedad civil había sido “amplia y agresiva” en sus manifestaciones públicas y que las autoridades competentes “estaban en realidad fuertemente influidos por las presiones sociales y sus consecuencias políticas [...]”. Inexplicablemente, este tribunal ni siquiera consideró los efectos ecológicos de la inversión de esta empresa y afirmó que

[...] el Tribunal no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el Decreto Ecológico, no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, el Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una inversión de Metalclad, sin pagar a Metalclad una indemnización por la expropiación. México violó el artículo 1110 del TLCAN [...] En conclusión, el Tribunal sostiene que

⁹⁷⁸ Para un análisis más detallado del caso puede consultarse, BEJARANO, Fernando, “El depósito de residuos tóxicos de Metalclad, en Guadalcázar, San Luis Potosí,” en SALAZAR, Hilda y CARLSEN, Laura (Eds.), *Respuestas sociales ante la integración: Impactos socioambientales del TLCAN*, Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio, México, 2001, pp. 17-21.

“[...] México expropió indirectamente [...]”, porque para el CIADI “[...] estas medidas, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del Gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó [...], equivalen a una expropiación indirecta.”⁹⁷⁹

El ejemplo precedente nos muestra el alcance y las consecuencias que pueden tener los TLC en relación con los derechos humanos, ya que con este laudo arbitral quedó claro que el derecho de los inversionistas estaba por encima del derecho a la salud y a un medio ambiente sano.⁹⁸⁰ Y ante ello, nos preguntamos ¿Cómo acceder a medicamentos bajo condiciones y precios convenientes si el TRIP’s restringe la producción de marcas genéricas? ¿Cómo asegurar el derecho a la alimentación si con las condiciones establecidas en los TLC los pequeños agricultores se ven obligados a abandonar el campo y además, la agroindustria determina y modifica genéticamente las características de los alimentos, privilegiando la exportación al extremo de privar de los mismos al mercado local? ¿Cómo lograr el desarrollo económico si hasta los conocimientos ancestrales están siendo patentados y la educación comercializada por las empresas y países que disponen de los medios para hacerlo? ¿Cómo lograr un desarrollo sostenible si en el marco de los TLC se reduce o restringe la capacidad de los Estados para adoptar normas de protección ambiental?⁹⁸¹

⁹⁷⁹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, METALCLAD CORPORATION Demandante y ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CASO No. ARB(AF)/97/1,30 de agosto de 2000, párr. 107, 111 y 112. <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=SearchRH&actionVal=SearchSite&SearchItem=METALCLAD>> [Consulta 12 de diciembre de 2007].

⁹⁸⁰ Para un análisis del impacto del CAFTA-RD en los países pactantes véase, Washington Office of Latin America, *DR-CAFTA and Workers’ Rights: Moving from Paper to Practice*, WOLA, Washington, D. C., May 2009.

⁹⁸¹ BRONSON, Diana y LAMACHE, Lucie, *Informe especial: Derechos humanos y comercio en las Américas*, Federación Internacional de Derechos Humanos/Comité Internacional de ONG sobre Derechos Humanos en el Comercio y la Inversión/Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Caracas, Venezuela, marzo de 2001, p. viii.

Sobre la base de todo lo anterior, se puede sostener que los TLC tal como están estructurados, excluyen o ignoran la obligación genérica de los Estados americanos de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos humanos de todas las personas sujetas a sus jurisdicciones, con lo que parece que el derecho interamericano de derechos humanos corre importantes riesgos ante el avance de la lógica del derecho mercantil de los TLC.⁹⁸² Por ello, desde diversas instancias de la ONU se ha criticado la renuencia de las instituciones encargadas del comercio internacional a reconocer y respetar el valor fundamental de los derechos humanos,⁹⁸³ y se ha ratificado la obligación de *todos* los sectores (actores estatales y no estatales) de respetar y proteger los derechos humanos en general, y los derechos económicos, sociales y culturales en particular.⁹⁸⁴

No se niega que el comercio entre las naciones es una herramienta fundamental para su desarrollo, pero sólo si se realiza en un plano de igualdad real, tomando en cuenta las condiciones de cada país y sobre todo, constituyéndose en un medio para lograr el bienestar general mediante el respeto y promoción de los

⁹⁸² En este sentido, el CDESC ha sostenido que los Estados “deben velar por que en los acuerdos internacionales se preste la debida atención al derecho a la salud [lo que también es aplicable a otros derechos económicos, sociales y culturales], y, con tal fin, deben considerar la posibilidad de elaborar nuevos instrumentos legales. En relación con la concertación de otros acuerdos internacionales, los Estados Partes deben adoptar medida para cerciorarse de que esos instrumentos no afectan adversamente al derecho a la salud. Análogamente, los Estados partes tienen la obligación de velar por que sus acciones en cuanto miembros de organizaciones internacionales tengan debidamente en cuenta el derecho a la salud. Por consiguiente, los Estados Partes que sean miembros de instituciones financieras internacionales, sobre todo del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, deben prestar mayor atención a la protección del derecho a la salud influyendo en las políticas y acuerdos crediticios y las medidas internacionales adoptadas por esas instituciones”, en CDESC, *Observación General N° 14 (2000)*... *op. cit.*, párr. 39.

⁹⁸³ Al respecto véase OLOKA-ONYANGO, J. and UDAGAM, Deepika, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights*, Preliminary report submitted by J. Oloka-Onyango and Deepika Udagama, in accordance with Sub-Commission resolution 1999/8 Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/13, 15 June 2000.

⁹⁸⁴ CESCR, *Statement on Globalization and Economic and Cultural Rights: 11/05/98 (Other Treaty-Related Documents)*. 18 session, April 27 - May 15, 1998; *Íd.*, *Statement of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Third Ministerial Conference of the World Trade Organization*. Seattle, November 30 - December 3, 1999, 26/11/99, Doc. UN E/C.12/1999/9.

derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.⁹⁸⁵ Evidentemente, los países desarrollados podrían jugar un importante papel al respecto, y entre otras cosas, deberían de asumir seriamente la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar que sus grandes empresas que desarrollan o tienen relaciones económicas y comerciales con los países del Sur, respeten en todo momento las normas internacionales de derechos humanos, y no abusen de su poderío económico o de la existencia de vacíos legales en dichos países.⁹⁸⁶

La experiencia de México con el TLCAN nos advierte que el objetivo de la integración económica debe ser elevar el nivel de vida de la población pero evidentemente la liberalización del comercio por sí sola no es suficiente para lograr este objetivo. En consecuencia, el verdadero reto es aplicar la liberalización de forma que favorezca el desarrollo sostenible, en donde los estratos bajos y medios de la sociedad vean aumentados sus ingresos para poder vivir dignamente,⁹⁸⁷ que no es otra cosa que tener la libertad real de disfrutar el ejercicio de todos sus derechos humanos.

⁹⁸⁵ Tal como lo ha señalado Danilo Türk, que muchos Estados abracen románticamente al mercado como la solución definitiva de todos los males de la sociedad, y se dan prisa en desnacionalizar y dejar la economía, la política y los asuntos sociales a los caprichos del sector privado, aunque el tema del día, inevitablemente tiene un impacto en la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Por un lado, el sector privado, en sentido amplio, puede tener un efecto positivo mensurable sobre determinados aspectos de estos derechos, en particular en los ámbitos relacionados con iniciativas de autoayuda para el desarrollo. Por otro lado, sin embargo, la historia ha demostrado suficientemente que numerosos aspectos de la política social no pueden alcanzarse a través de la confianza ciega en las fuerzas del mercado, en *The realization of economic, social and cultural rights*, Final Report submitted by Mr. Danilo Türk, Special Rapporteur, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Forty-fourth session, E/CN.4/Sub.2/1992/16, 3 July 1992, par. 98.

⁹⁸⁶ Amnistía Internacional, *Informe de Política exterior y derechos humanos...* op. cit., p. 48.

⁹⁸⁷ STIGLITZ, Joseph E. and CHARLTON, Andrew, *Fair trade for all...* op. cit., p. 24.

2.3. Las herramientas del Sistema Interamericano ante posibles violaciones de derechos humanos en el marco de los tratados de libre comercio.

Hoy en día es evidente que los poderes públicos ya no son los únicos capaces de violar los derechos humanos, y que las funciones del Estado están cada vez más dispersas y trasladadas al sector privado, lo que hace difícil trazar una línea clara entre las acciones estatales y las acciones privadas; por tal razón, es necesario adaptar la función de los derechos humanos a las nuevas circunstancias en el sentido de que en su doble faceta de derechos subjetivos y normas objetivas del ordenamiento, vinculen tanto a los poderes públicos como a los poderes privados.

Siguiendo con el análisis realizado en el apartado 2.1 del Capítulo II, podemos destacar que en el contexto de los derechos humanos se pueden distinguir tres dimensiones del binomio derechos-obligaciones: (a) Las obligaciones verticales, en tanto el Estado (*E*) tiene la obligación de hacer o no hacer *X* en sus relaciones con un actor no estatal (*N*), porque *N* puede invocar un derecho humano contra *E*; (b) las obligaciones diagonales, en tanto el Estado tiene la obligación de proteger a un actor no estatal (*N*₁), asegurándose de que otro actor no estatal (*N*₂) haga o no haga *X* a *N*₁, porque *N*₁ puede invocar un derecho humano contra el Estado; y (c) las obligaciones horizontales, en tanto *N*₁ debe hacer o no hacer *X* a *N*₂, porque *N*₂ tiene un derecho humano correspondiente a una obligación de *N*₁.⁹⁸⁸

Aunque los derechos humanos han estado asociados principalmente con la primera dimensión (obligaciones verticales) en virtud de su aparición histórica en el contexto de la lucha contra el Estado opresor, el enorme poder acumulado de ciertos actores no estatales como las empresas transnacionales, presenta el desafío de proteger los derechos humanos de estos poderes privados, lo que en otros términos

⁹⁸⁸ HESSBRUEGGE, Jan Arno, "Human rights violations arising from conduct of non-state actors", in *Buffalo Human Rights Law Review*, Vol. 11, 2005, p. 25.

implica responder a la pregunta de cómo conseguir que el derecho internacional de los derechos humanos se pueda aplicar a las actuaciones u omisiones de las empresas transnacionales. Evidentemente, el principal problema es que no son sujetos de derecho internacional, ya que para éste, el Estado es el único responsable de respetar, garantizar y promover el respeto de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción.

Ya hemos dicho que hay un acuerdo doctrinal acerca de la existencia de algún grado de vinculación de los derechos humanos respecto de los actores no estatales en sus relaciones privadas; sin embargo, el desacuerdo se presenta en cuanto al alcance de dicha vinculación en el sentido de que para unos los derechos humanos tienen una eficacia indirecta en esas relaciones privadas (teoría de la eficacia mediata), mientras que para otros tienen una eficacia directa (teoría de la eficacia inmediata). Más allá de las posiciones opuestas sobre esta materia, el derecho internacional ha reconocido en ciertas situaciones la eficacia inmediata o directa de los derechos humanos; así, desde hace mucho tiempo contempla obligaciones para los actores no estatales; así, además de los ejemplos mencionados en el apartado 2.1 del capítulo II, se pueden señalar los tempranos tratados que proscribían la piratería y la esclavitud, la Convención sobre el Genocidio de 1948, las Convenciones de Ginebra, el Estatuto de Roma y los grandes tratados de derechos humanos que contemplan obligaciones tanto para los Estados como para los particulares.⁹⁸⁹

No obstante, teniendo en cuenta la posición mayoritaria en el derecho internacional, debemos asumir la dimensión diagonal de las obligaciones que en vez de crear deberes directos entre los actores no estatales, exige que los Estados protejan a un actor no estatal de otro en ciertas situaciones.

⁹⁸⁹ JOCHNICK, Chris, "Confronting the impunity of Non-State Actors: New fields for the promotion of human rights", in *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, N° 1, The Johns Hopkins University Press, February 1999, pp. 61-63.

Se puede argumentar que este enfoque podría ser inefectivo debido a que su naturaleza indirecta hace que el proceso legal para el establecimiento de las respectivas responsabilidades toma demasiado tiempo y a que los Estados tienen un gran margen de apreciación al respecto. Sin embargo, esta última razón es realmente un argumento a favor para optar por la dimensión de las obligaciones diagonales en el contexto internacional, ya que el propósito de los tratados internacionales de derechos humanos no es limitar las opciones de política pública de los Estados, sino garantizar que las políticas escogidas permitan a las personas ejercer sus derechos y libertades. Aunque tanto la dimensión horizontal como la diagonal pueden regular las relaciones en la esfera privada, la dimensión diagonal deja que los Estados decidan cómo cumplir con su obligación; así, un Estado podría admitir que las normas internacionales de derechos humanos sean directamente aplicables a las personas en el marco de su derecho interno, mientras que otro podría decidir que dichas normas orienten a los tribunales nacionales al momento de interpretar las normas de derecho privado.⁹⁹⁰

Incorporando el análisis anterior al contexto del Sistema Interamericano, cuando un Estado ratifica la Convención Americana o el Protocolo de San Salvador se compromete a *respetar y garantizar* el ejercicio de los derechos en ellos contenidos (art. 1.1 del Pacto de San José). El deber de respetar implica una prohibición absoluta al abuso de poder por parte del Estado, ya que “el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”.⁹⁹¹

⁹⁹⁰ HESSBRUEGGE, Jan Arno, “Human rights violations arising from conduct of non-state actors”, in *Buffalo Human Rights Law Review*, Vol. 11, 2005, pp. 27-28.

⁹⁹¹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras... op. cit.*, párr. 165.

Más aún, aunque *prima facie* es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención Americana cometida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, también la responsabilidad estatal puede verse comprometida cuando “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”.⁹⁹² De esta manera, la Corte IDH ha considerado que un Estado incumple su obligación de respetar los derechos reconocidos cuando no delimita y demarca los límites de la propiedad comunal de las comunidades indígenas y cuando otorga concesiones a terceros “para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes”.⁹⁹³

En este sentido, la obligación de respetar requiere que los Estados organicen el poder público para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, extendiéndose esa obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad. De esta manera, si en el marco de los TLC se profundizan los procesos de privatización de los servicios públicos, ello no excusa a los Estados de asegurar que tales empresas presten los servicios respetando los derechos humanos de la población, ya que aunque los Estados “pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de

⁹⁹² *Ibíd.*, párr. 172.

⁹⁹³ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 153.

proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción [...]”.⁹⁹⁴

Por su parte, el deber de garantizar incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana, y el deber de restablecer los derechos conculcados, y en su defecto, reparar los daños producidos. Por tanto, los Estados tienen la obligación de proteger a las personas sujetas a su jurisdicción de los actos y omisiones imputables a los agentes que ejercen el poder público y también a personas o grupos particulares, y no deben tolerar que estos últimos “actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos reconocidos en la Convención”.⁹⁹⁵ En el contexto de los TLC, la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos es fundamental, ya que es posible denunciar al Estado ante los órganos del Sistema Interamericano si, por ejemplo, permite que alguna empresa transnacional contamine un río con consecuencias negativas para la salud o la vida de las personas; si tolera que empleadores privados restrinjan el derecho a la libertad sindical; si en el marco de de los programas de ajuste estructural reduce el presupuesto destinado a la educación y como consecuencia se limita el acceso a la misma a algunos sectores de la sociedad; si otorga concesiones a terceros para la explotación de los recursos pertenecientes a las comunidades indígenas; etc.

⁹⁹⁴ La Corte IDH encontró responsable al Estado de Brasil por la conducta del personal de un centro psiquiátrico privado que ejercía los elementos de autoridad estatal al prestar el servicio público de salud, y que provocó la muerte de un paciente. El tribunal interamericano estimó “que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud”, en Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil...* *op. cit.*, párr. 96-100.

⁹⁹⁵ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...* *op. cit.*, párr. 176.

Si bien los Estados tienen la libertad de otorgar concesiones para explotar sus recursos y abrirse a las inversiones internacionales, la ausencia de regulación, la regulación inapropiada o la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes, puede crear serios problemas al medio ambiente y a la salud que se traduzcan en violaciones de derechos humanos protegidos por la Convención Americana. Las normas del Sistema Interamericano no impiden ni desalientan el desarrollo, pero exigen que el mismo tenga lugar en condiciones de respeto y garantía de tales derechos, por lo que en caso de haberse cometido anomalías en la explotación de los recursos, tanto el Estado como las empresas concesionarias son responsables de las mismas y ambos tienen la obligación de corregirlas. El Estado, además, tiene la obligación de verificar que tales anomalías sean corregidas.⁹⁹⁶

En el mismo sentido, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, cuando un Estado permita concesiones para la explotación de recursos naturales debe garantizar la participación efectiva de los miembros de los pueblos en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de sus territorios; que dichos pueblos se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo; y que no se emita ninguna concesión dentro de tales territorios a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión estatal, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.⁹⁹⁷

Bajo esos parámetros, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones

⁹⁹⁶ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador... op. cit.*, Capítulo VIII: La situación de los derechos humanos de los habitantes del interior del Ecuador afectados por las actividades de desarrollo.

⁹⁹⁷ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam... op. cit.*, párr. 126-158.

entre particulares, ya que los Estados son los que determinan en su ordenamiento jurídico la regulación de las relaciones entre particulares (derecho privado), por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, so pena de resultar responsables internacionalmente por la violación de tales derechos por parte de los actores no estatales.⁹⁹⁸

A diferencia de los órganos de la ONU, la CIDH y la Corte IDH no se han pronunciado directamente sobre las posibles afectaciones a los derechos humanos con la implementación de los TLC. Sin embargo, la CIDH ha concedido dos audiencias sobre este tema durante sus períodos de sesiones; así, el 22 de octubre de 2004 durante el 121° período ordinario de sesiones la CIDH otorgó a varias ONG's del continente una audiencia para que expusieran sus preocupaciones sobre el "Impacto de los procesos de integración económica sobre los derechos humanos en las Américas"; posteriormente, en su 125° período extraordinario de sesiones celebrado en Ciudad Guatemala, la CIDH otorgó una audiencia general el 19 de julio de 2006 a varias ONG's centroamericanas para que expusieran sobre la "Violación de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos incurridos en la negociación, firma y ratificación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana". En esta última audiencia, las organizaciones solicitaron a la CIDH que preparara un informe en virtud del artículo 41 del Pacto de San José sobre la afectación de los derechos humanos por los TLC y que procediera a activar la competencia consultiva de la Corte IDH formulando la siguiente pregunta:

Cuando un Estado Parte asume compromisos o tratados comerciales internacionales, los cuales tendrán calidad de leyes internas dentro de su jurisdicción y mediante los cuales reducirá su capacidad de garantizar el desarrollo progresivo de la efectividad

⁹⁹⁸ Corte IDH, Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes... op. cit.*, párr. 146-147.

de los derechos económicos, sociales y culturales de grandes grupos poblacionales, ¿cuáles serán los efectos jurídicos de dichos compromisos o tratados internacionales de cara a las obligaciones emanadas del artículo 1.2 en relación con el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos 1 y 3 del Protocolo de San Salvador?⁹⁹⁹

Aunque la CIDH todavía no ha respondido al petitorio de las ONG's centroamericanas, hay que reconocer que el otorgamiento de dos audiencias sobre el tema, es una buena señal respecto de la creciente preocupación que genera para este órgano interamericano los efectos de la vigencia de los TLC sobre los derechos humanos en el continente. Pero mientras se activan las competencias de ambos órganos para hacer frente a esta nueva amenaza a los derechos humanos en la región, las organizaciones deben hacer uso de los precedentes legales y las directrices que tanto la CIDH como la Corte IDH han construido en relación con las obligaciones estatales relativas al debido proceso, la transparencia, el monitoreo de los programas de desarrollo, los estudios de impacto ambiental, y la consulta y la participación de las comunidades en los proyectos de desarrollo y la explotación de recursos. Estas herramientas representan un punto de partida para la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales frente a los TLC y pueden proporcionar insumos importantes para exigir que los actores no estatales también cumplan con la obligación de respetar los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador y en los demás instrumentos interamericanos en la materia.¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁹ AA. VV., *Violación de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos incurridos en la negociación, firma y ratificación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana*, Audiencia General "Tratado de Libre Comercio y Derechos Humanos en Centroamérica", celebrada durante el 125º período extraordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ciudad de Guatemala, 19 de julio de 2006, p. 12 (Documento interno).

¹⁰⁰⁰ JOCHNICK, Chris, "Confronting the impunity of Non-State Actors: New fields for the promotion of human rights" ... *op. cit.*, pp. 78-79.

3. Los derechos económicos, sociales y culturales, y su importancia para la democracia en el continente americano.

En la cultura jurídico-política contemporánea, la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos se han constituido en los elementos esenciales de legitimación y deslegitimación de cualquier poder, y entre ellos mantienen una relación triádica que les permite a cada uno definirse, completarse y adquirir sentido en función de los otros;¹⁰⁰¹ por ello, es muy difícil encontrarnos con algún Gobierno que no se autodefina como democrático, y que no contemple dentro de su discurso y sus prioridades -aunque sea de manera formal- la defensa de los derechos humanos de la población. El Estado de derecho se caracteriza por ser un sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio estatal del uso de la fuerza, con el objetivo de suprimir o al menos disminuir la violencia en las relaciones interpersonales; y por otra parte, la democracia es caracterizada como una técnica de convivencia orientada a la solución no violenta de los conflictos. Por tanto, en un Estado democrático de derecho no debería existir otra violencia legal que aquella mínima necesaria para prevenir formas de violencia ilegales más graves y vejatorias.¹⁰⁰²

De ello se desprende que el fin primordial del derecho es limitar y vincular al poder, sea público o privado, para garantizar la inviolabilidad de la dignidad humana, razón por la cual, se ha sancionado en la mayoría de constituciones latinoamericanas que todos debemos estar sometidos a la Constitución y a las leyes (imperio de la ley); que la mejor manera de equilibrar la fuerza de los poderes públicos y evitar el absolutismo es a través de su división y control mutuo (separación de poderes); que las actuaciones de la administración pública deben ser acordes con la legalidad y sometidas a control judicial (legalidad de la

¹⁰⁰¹ Corte IDH, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías...* op. cit., párr. 26.

¹⁰⁰² FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, trad. de Gerardo Pisarello, et al, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 91-92.

administración); y que el respeto y realización de los derechos humanos son la garantía para la protección de la persona como fin supremo de la sociedad y el Estado.

La inclusión de los derechos humanos en las cartas constitucionales ha permitido que se constituyan en elementos vinculantes que condicionan las decisiones adoptadas en el marco del proceso democrático, favoreciendo de esta forma la comprensión de la democracia como un régimen político que permite el desarrollo pacífico de las transformaciones sociales e institucionales, pues en definitiva, la democracia legitima el cambio a través del disenso.¹⁰⁰³ Así como la democracia garantiza las luchas por los derechos humanos, éstas garantizan a su vez la democracia; la primera ofrece a las otras los espacios y los instrumentos jurídicos, y las segundas “aseguran a los derechos y a la democracia los instrumentos sociales de tutela efectiva y alimentan su desarrollo y su realización”, y además se constituyen en una forma de democracia política que se desarrolla paralelamente a la institucional y representativa, permitiendo que el debate político también salga de las paredes de los parlamentos, y que la participación de los titulares de los derechos se vuelva más *directa*; de esa forma, se puede ejercer un mayor control de las decisiones parlamentarias para orientar a los poderes públicos a la plena satisfacción de todos los derechos humanos reconocidos constitucionalmente.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰³ “[...] lo propio de la democracia es reducir la violencia, como lo es también limitar el poder absoluto. La democracia no es capaz de defenderse a sí misma salvo que incremente sus capacidades de reducir la injusticia y la violencia”, TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?... op. cit.*, pp. 132 y 136.

¹⁰⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, pp. 946-947. En el mismo sentido se pronuncia Cançado Trindade, para quien “[e]n una sociedad democrática, el orden jurídico sólo se realiza y justifica con la observancia y garantía de los derechos humanos. La protección de éstos es un propósito básico del orden jurídico; en este sentido se puede concebir el derecho al orden jurídico o constitucional, en el marco del cual se realizan los derechos humanos. A su vez, el ejercicio, efectivo de la democracia contribuye decisivamente para la observancia y garantía de los derechos humanos, y la plena vigencia de éstos caracteriza en último análisis al Estado de Derecho”, en CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “Democracia y Derechos Humanos: El régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de derecho”...*op. cit.*, p. 20.

Esta tensión constante entre el poder político representado en el Estado, y el poder social identificado con el ejercicio de los derechos humanos, hace que advirtamos que tanto la “democracia representativa” como la “democracia directa” no son dos formas alternativas sino que están interrelacionadas entre sí y se enriquecen mutuamente. A falta de la primera, la segunda solamente “puede valerse de un consenso vacío y pasivo y se halla expuesta a todas las aventuras y perversiones posibles”; a falta de la segunda, la primera “está destinada a replegarse sobre sí misma, reproduciendo en su interior las formas de la representación y sucumbiendo a largo plazo por defecto de garantías jurídicas y políticas”.¹⁰⁰⁵ Por ello es que cuando falta la presión de los sectores sociales y la crítica pública, la democracia se transforma en oligarquía.¹⁰⁰⁶

De este modo, la garantía de los derechos humanos se asegura tanto en el ámbito de las decisiones parlamentarias (democracia representativa) como en el ámbito de la lucha social (democracia directa). Aunque este modelo de democracia sea imperfecto y difícil por definición, lo más importante es que es un modelo perfeccionable en cuanto está anclado de forma permanente en la voluntad y las necesidades vitales de las personas;¹⁰⁰⁷ por ello, la democracia se puede concebir como un “proceso siempre abierto” institucionalizado jurídicamente en el Estado de derecho, en el que los sujetos pueden participar (a) en las decisiones jurídico-políticas, lo que también implica una participación en el tejido social, y (b) en los

¹⁰⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, pp. 947-948.

¹⁰⁰⁶ TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?... op. cit.*, pp. 52 y 203. “La democracia nunca se reduce a procedimiento o incluso a instituciones; es la fuerza social y política que lucha por transformar el Estado de Derecho en un sentido que corresponda a los intereses de los dominados [...] La democracia no triunfa cuando la acción política prevalece sobre la lucha social, sino, en el caso contrario, cuando el actor de clase es definido lo bastante positivamente como para ordenar la acción política y para legitimar su acción en términos de derechos fundamentales y de construcción de nueva ciudadanía”.

¹⁰⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, p. 948.

resultados “medidos tanto en consecuencias más directamente económicas como en reconocimiento de derechos y libertades de muy diferente índole”.¹⁰⁰⁸

En el ámbito internacional la interacción entre democracia y derechos humanos se fundamenta en tres ejes principales: (a) el de su formulación en términos jurídicos, lo cual plantea la configuración de un derecho a la democracia, cuya naturaleza sería de tipo colectivo y procesal, y en este sentido, se identificaría especialmente con los derechos políticos, que al asegurar la participación por igual de todos los miembros de la sociedad se constituyen en un medio para la consecución del respeto de los demás derechos humanos. (b) El de sus vínculos inherentes, que conduce a definir la democracia mediante aquellos derechos que deben formar parte de ella. Aunque tradicionalmente se ha considerado que sólo los derechos civiles y políticos son esenciales para la democracia, en virtud del principio de indivisibilidad, los derechos económicos, sociales y culturales también juegan un papel importante en los procesos democráticos, ya que es evidente que la falta de acceso a una serie de recursos básicos, como el derecho al trabajo, a la educación, a una vivienda digna, etc., genera una inestabilidad política con claros efectos sobre dicho proceso. (c) Y finalmente, el de su operatividad real, lo cual implica preguntarse si la democracia puede ser impuesta, considerando que es posible que el propio proceso democrático no sea suficiente para garantizar el respeto de los derechos humanos, pues una sociedad podría rechazar a través de las elecciones la defensa de ciertos derechos o incluso la destrucción de la propia democracia.¹⁰⁰⁹

Para los efectos de esta tesis, sólo se analizará el segundo de estos ejes en el sentido de determinar qué derechos son necesarios para hablar de una verdadera

¹⁰⁰⁸ DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho y Democracia”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 19-20, Universidad de Extremadura, 2001-2002, p. 207.

¹⁰⁰⁹ ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Reus, Madrid, 2007, pp. 48-50.

democracia y cuál es la posición de los órganos interamericanos al respecto. La importancia de esta cuestión para el continente americano radica en que existe un triángulo de democracia, pobreza y desigualdad, en cuyo escenario cohabitan las libertades políticas junto con las severas privaciones materiales de un alto porcentaje de la población, y que pone en grave riesgo la gobernabilidad democrática.¹⁰¹⁰ En tal sentido, por lo general se ha reconocido que los derechos civiles y políticos son elementos imprescindibles para el desarrollo del proceso democrático, y en cambio, a los derechos económicos, sociales y culturales se les ha considerado complementarios pero no indispensables, aunque se reconozca la necesidad de promoverlos para facilitar la participación política. Así, la propia CIDH ha señalado que pese al constante reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como base y sustento de la dignidad humana, el trabajo de los órganos interamericanos

[...] se ha centrado desde el comienzo de sus actividades en los derechos políticos y civiles. Existe una lógica en este proceder que puede ser encontrada en el fundamento mismo de la concepción que, acerca de la democracia representativa, esos derechos civiles y políticos condensan. En efecto, las garantías individuales y políticas que la vigencia de esos derechos tiende a asegurar, incluían como supuesto esencial que los beneficios derivados de dicha vigencia se reflejarían en el ámbito económico, social y cultural. En otras palabras, se consideraba que un orden político de democracia representativa, por su propia naturaleza, debía traducirse en mejoras sustantivas en la calidad de vida de la gran mayoría, sino la totalidad, de la población. El trabajo, la salud, la educación, la vivienda adecuada, etc., fluirían necesaria y naturalmente

¹⁰¹⁰ En este sentido, la CIDH ha señalado que hay una “relación orgánica entre la violación de los derechos a la seguridad física, por una parte, y el descuido de los derechos económicos y sociales y la supresión de la participación política, por otra. Y esa relación, según se ha puesto de manifiesto, es, en gran medida, una relación de causa y efecto. En otras palabras, el descuido de los derechos económicos y sociales, especialmente cuando se ha suprimido la participación política, produce la clase de polarización social que conduce, a su vez, a actos de terrorismo por y contra el Gobierno [...] La desatención de los derechos económicos y sociales es otra causa, aunque más difusa y problemática, de la violencia y los conflictos sociales”, en CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980... op. cit.*, Capítulo VI.

como resultado de la preservación de ciertas garantías individuales y de la vigencia de instituciones democráticas. Lo que la experiencia reciente de América Latina y el Caribe en general, y de la Comisión en especial ha permitido revelar, sin embargo, es que no existe esa relación automática y necesaria entre la vigencia de los derechos civiles y políticos y la satisfacción de las necesidades básicas de importantes sectores de la población.¹⁰¹¹

Así, en nuestro continente muchos Estados son catalogados como democráticos por asegurar formalmente el respeto de la libertad de expresión, la libertad de elegir y ser electo, la libertad de tránsito, etc., pese a que un elevado porcentaje de su población vive bajo la línea de la pobreza y no tienen una capacidad real para participar e incidir en igualdad de condiciones que el resto de la población en el proceso democrático.

En América, la relación entre democracia y derechos humanos se concreta y desarrolla mediante la adopción de la Declaración Americana, la Carta de Garantías Sociales y la Carta de la OEA.¹⁰¹² Así, la Declaración Americana reconoce que el alcance de los derechos está limitado por los derechos de los demás y por las justas exigencias del desenvolvimiento democrático (art. XXVIII) y establece el derecho de toda persona a elegir y ser electo mediante elecciones genuinas, periódicas y libres (art. XX). Es importante destacar que este instrumento, al incluir todos los derechos humanos –los de corte clásico y los de corte social- proclama el ideal de construir una “democracia solidaria” en el continente americano.¹⁰¹³

¹⁰¹¹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983-1984... op. cit.*, Capítulo V. II., párr. 1-2.

¹⁰¹² Sin restarle valor al importante precedente del Tratado Interamericano de Resistencia Recíproca de 1947 que en su penúltimo párrafo de su preámbulo ya señalaba “[...] que la paz se funda en la justicia y en el orden moral y, por tanto, en el reconocimiento y la protección internacionales de los derechos y libertades de la persona humana, en el bienestar indispensable de los pueblos **y en la efectividad de la democracia**, para la realización internacional de la justicia y de la seguridad”. (Énfasis agregado).

¹⁰¹³ ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *Democracia y derechos humanos... op. cit.*, p. 214.

Haciendo eco de lo anterior, la Convención Americana reafirma el propósito de consolidar en el continente “dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (Preámbulo, párr. 1) y enuncia los derechos políticos de las personas como expresión de su participación en los procesos democráticos (art. 23); a su vez, establece que dicho instrumento no puede ser interpretado en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” (art. 29.c), y que los derechos de cada uno “están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (art. 32.2). Evidentemente, el factor social tiene un lugar muy importante en el ideal democrático interamericano, lo cual se reafirma con la adopción del Protocolo de San Salvador en el que se sostiene la necesidad de desarrollar, perfeccionar y proteger los derechos económicos, sociales y culturales “en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno” (Preámbulo, párr. 6).

Por su parte, la Carta de Garantías Sociales establece que es una exigencia para los regímenes democráticos “garantizar simultáneamente el respeto a las libertades políticas y del espíritu y la realización de los postulados de la justicia social” (Preámbulo, párr. 4). Y finalmente, la Carta de la OEA y sus reformas contienen varias referencias importantes a la democracia. Así, este instrumento señala que “la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región” y que el verdadero sentido “de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”

(Preámbulo, párr. 3 y 4, respectivamente). Además establece dentro de sus propósitos esenciales promover y consolidar la democracia representativa, y erradicar la pobreza crítica, ya que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático (art. 2.b y g); y también instituye como principio que la solidaridad americana requiere la organización política de los Estados sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa (art. 3.d).

Es importante destacar que la relación establecida entre el principio democrático y la eliminación de la pobreza, constituye un rasgo distintivo de la noción de democracia incluida en la Carta de la OEA,¹⁰¹⁴ lo cual es fundamental para reconocer la esencialidad del papel de los derechos económicos, sociales y culturales en una región marcada por la desigualdad y la exclusión social. Tal como lo señaló Sergio García Sayán,

La democracia es el sistema de gobierno y de organización del Estado y de la sociedad que posibilita el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Con esta percepción, la vocación por la justicia social encuentra pleno sentido y coherencia con la democracia, que supone, por definición, que nadie esté excluido, lo que incluye la lucha frontal contra la pobreza y la extrema pobreza.¹⁰¹⁵

Por último, nos encontramos con la Carta Democrática Interamericana (en adelante la CDI), adoptada en Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001 durante el 28° período extraordinario de sesiones de la OEA. A pesar de su nombre, este instrumento interamericano tiene el carácter de una declaración de la Asamblea

¹⁰¹⁴ Se debe resaltar que en varias declaraciones como la *Declaración de Asunción* (1991), la *Declaración de Nassau* (1992), la *Declaración de Managua* (1993), la *Declaración de Montrouis* (1995), la *Declaración de Florida* (2005), se reafirma la importancia de la relación entre democracia y derechos humanos, así como la necesidad de adoptar medidas destinadas a promover el desarrollo integral y la lucha contra la pobreza, con lo cual se dota al principio democrático de una visión social y no sólo instrumental.

¹⁰¹⁵ "Discurso del Ministro de Relaciones Exteriores del Perú", en *Carta Democrática Interamericana. Documentos e interpretaciones*, Organización de los Estados Americanos, Washington, DC, 2003, p. 111.

General, no obstante, representa el documento más completo en esta materia y recoge las tendencias y evoluciones que ha experimentado el principio democrático en el marco de la OEA. Consta de un preámbulo y 28 artículos diseminados a lo largo de 6 capítulos. El capítulo 1 desarrolla la relación entre la democracia y el sistema interamericano; el capítulo 2 la relación entre la democracia y los derechos humanos; el capítulo 3 se refiere a la democracia, el desarrollo integral y el combate a la pobreza; el capítulo 4 al fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática; el capítulo 5 a la democracia y las misiones de observación electoral; y finalmente, el capítulo 6 se refiere a la promoción de la cultura democrática. No es propósito de este trabajo analizar todos los capítulos, solamente aquellas partes que tengan mayor relación con los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁰¹⁶

En el preámbulo de la CDI la Asamblea General reafirma la relación intrínseca entre democracia y derechos humanos, y destaca la importancia de ciertas condiciones relativas a los derechos económicos, sociales y culturales para garantizar la gobernabilidad democrática. En este sentido, se sostiene que “el crecimiento económico y el desarrollo social basados en la justicia y la equidad y la democracia son interdependientes y se refuerzan mutuamente”; “que la lucha contra la pobreza, especialmente la eliminación de la pobreza crítica, es esencial para la promoción y consolidación de la democracia y constituye una responsabilidad común y compartida de los Estados americanos”; que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia”; “que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, y reconociendo la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del

¹⁰¹⁶ Para un análisis general de la CDI véase AYALA CORAO, Carlos y NIKKEN BELLSHAW-HÓGG, Pedro, *Defensa colectiva de la democracia: Definiciones y mecanismos*, Comisión Andina de Juristas/The Carter Center, Lima, Perú, enero de 2006.

sistema interamericano de derechos humanos para la consolidación de la democracia”; “que la educación es un medio eficaz para fomentar la conciencia de los ciudadanos con respecto a sus propios países y, de esa forma, lograr una participación significativa en el proceso de toma de decisiones, y reafirmando la importancia del desarrollo de los recursos humanos para lograr un sistema democrático y sólido”; “que un medio ambiente sano es indispensable para el desarrollo integral del ser humano, lo que contribuye a la democracia y la estabilidad política”; “que el Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales resalta la importancia de que tales derechos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar el régimen democrático representativo de gobierno”; y “que el derecho de los trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos”.

Un aspecto importante a resaltar es que la CDI reconoce el *derecho a la democracia* de los pueblos americanos y la *obligación* de sus gobiernos de promoverla y defenderla, dado que es esencial para el desarrollo social, político y económico de dichos pueblos (art. 1).¹⁰¹⁷ A su vez, se definen los “elementos esenciales de la democracia representativa” y “los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia”. De acuerdo con el artículo 3, tales elementos son (a) el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; (b) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; (c) la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; (d) el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y (e) la separación e independencia de los poderes públicos. En tanto, el artículo 4 establece que los componentes de su ejercicio son (a) la transparencia de las actividades

¹⁰¹⁷ Para un análisis sucinto acerca del derecho a la democracia en América, véase MUÑOZ, Heraldo and D'LEON, Mary, “The right to democracy in the Americas”, in *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Vol. 40, N° 1, Spring, 1998, pp. 1-18.

gubernamentales; (b) la probidad; (c) la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; (d) el respeto por los derechos económicos, sociales y culturales, y la libertad de expresión y de prensa.

La CDI señala que uno de los elementos esenciales de la democracia lo constituye el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, no obstante no define a qué derechos humanos se refiere; por ello es imprescindible remitirse a la Declaración Americana, al Pacto de San José y sus protocolos, y a los demás instrumentos interamericanos sobre la materia. Bajo estos parámetros, la violación de los derechos humanos contenidos en estos instrumentos –incluidos los económicos, sociales y culturales- representaría una afectación a la esencia de la democracia. Sin embargo, dicha violación no debe ser singular, pues para esos casos están los procedimientos ante la CIDH y la Corte IDH, sino que tiene corresponder a una situación sistemática y generalizada. Hay autores que consideran que no todas las violaciones de los derechos humanos pueden situarse en igual rango, sino solo aquellas que corresponden a un núcleo duro de derechos en virtud de lo establecido en el artículo 27 de la Convención Americana y en el artículo 20 del Estatuto de la CIDH. De esta forma, sólo constituirían una afectación a la esencia de la democracia la violación sistemática y generalizada del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); el derecho a la vida (art. 4); el derecho a la integridad personal (art. 5); la prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6); el principio de legalidad y de retroactividad (art. 9); la libertad de conciencia y de religión (art. 12); la protección a la familia (art. 17); el derecho al nombre (art. 18); los derechos del niño (art. 19); el derecho a la nacionalidad (art. 20) y los derechos políticos (art. 23), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos, consagrados en el Pacto de San José; y el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (art. I); el derecho de igualdad ante la ley (art. II); el derecho de libertad religiosa y de culto (art. III); el derecho de libertad de

investigación, opinión, expresión y difusión (art. IV); el derecho de justicia (art. XVIII); el derecho de protección contra la detención arbitraria (art. XXV); y el derecho a proceso regular (art. XXVI), contenidos en la Declaración Americana.¹⁰¹⁸

Evidentemente, esta posición nos confirma que a pesar de la retórica sobre la indivisibilidad, las violaciones de los derechos civiles y políticos siguen siendo tratadas como si fueran mucho más graves, y más intolerables que la masiva y evidente negación de los derechos económicos, sociales y culturales. Por tanto, si *tomamos en serio* el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, y teniendo en cuenta la realidad de exclusión social y desigualdad de nuestro continente, no hay razón para negar que la muerte por hambre, la falta de acceso a la educación básica o a los servicios de salud primarios de amplios porcentajes de la población, constituyan una afectación a la esencia misma de la democracia. Dicha indivisibilidad es recogida por la propia CDI que en su artículo 7 establece que,

La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

Por tanto, el ejercicio de los derechos políticos y la existencia de amplias libertades de expresión, asociación y reunión son elementos esenciales del régimen democrático de gobierno; pero esta visión hemisférica se completa “con el necesario desarrollo y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, sin cuya

¹⁰¹⁸ NIKKEN BELLSHAW-HÓGG, “Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana”, en AYALA CORAO, Carlos y NIKKEN BELLSHAW-HÓGG, Pedro, *Defensa colectiva de la democracia... op. cit.*, pp. 42-43.

adecuada vigencia el ejercicio de los derechos políticos resulta severamente limitado y la permanencia misma del régimen democrático gravemente amenazada".¹⁰¹⁹

Si al escenario anterior le sumamos la idea de que uno de los componentes para el ejercicio de la democracia es el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 4 de la CDI) y que su promoción y observancia son consustanciales a la consolidación de la democracia (art. 13 de la CDI), pues la pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano son factores que inciden negativamente en su consolidación (art. 12 de la CDI), entonces la democracia en el Sistema Interamericano se relaciona naturalmente con la totalidad de los derechos humanos y su salvaguardia requiere que la atención dispensada a los derechos civiles y políticos se extienda igualmente a los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁰²⁰

Bajo estos parámetros, no puede decirse que existe democracia sin (a) elecciones periódicas libres, competitivas y en condiciones de igualdad ciudadana (art. 3 de la CDI); (b) un Estado de derecho orientado al bien común y sustentado sobre una distribución y equilibrio de poderes con independencia de funcionamiento (arts. 2-4 de la CDI); (c) un régimen de libertades públicas que garantice, permanentemente, las libertades de pensamiento, información, expresión,

¹⁰¹⁹ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, 28 de septiembre de 1987, Capítulo VII. A.

¹⁰²⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "Democracia y Derechos Humanos: El régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de derecho" ... *op. cit.*, pp. 14 y 23. También es importante mencionar que actualmente se está elaborando un proyecto de Carta Social de las Américas [Resolución AG/RES. 2056 (XXXIV-O/04)], con el objeto de reforzar los instrumentos existentes en la OEA sobre democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza. Este instrumento se enfoca en (a) la promoción de la justicia social, especialmente a través del combate a la pobreza y la discriminación, como eje central del desarrollo económico con equidad; (b) la atención preferente a los grupos vulnerables y excluidos como prioridad de las políticas sociales; y (c) **la realización de los derechos económicos, sociales y culturales como componente esencial para la promoción y consolidación de la democracia**; entre otras cosas. Sobre el proceso de elaboración y negociación puede consultarse la página electrónica del Grupo de Trabajo respectivo en <http://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/CPCIDI%20conjunto%20carta%20social.asp>

movilización, organización, petición, de religión y culto (arts. 2, 3 y 6 de la CDI); y (d) un orden social orientado a la justicia, que garantice al ciudadano común el acceso a derechos fundamentales como la educación y la cultura, la salud, el trabajo digno, la vivienda, y el disfrute y preservación de un sistema ecológico equilibrado (arts. 4, 10-13, 15 y 16 de la CDI).¹⁰²¹

3.1. Concepto(s) de democracia y sus implicaciones para una visión integral de los derechos humanos.

La relación teórica entre democracia y derechos humanos no es totalmente pacífica, y ella puede ser contemplada desde tres formas: (1) la ingenua, que considera la inexistencia de conflictos entre ambos y por tanto se pueden mantener juntos sin límite alguno; (2) la idealista, en la que el pueblo y sus representantes no están en absoluto interesados en lesionar los derechos humanos por medio del proceso democrático, ya que su protección constituye para todos una eficaz motivación política; y (3) la realista, que reconoce que la relación entre los derechos humanos y la democracia se caracteriza por dos realidades opuestas: (3.1) *los derechos humanos son profundamente democráticos* porque aseguran el desarrollo de las personas gracias a la garantía de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, capaces por lo general de mantener estable el proceso democrático, y porque aseguran las condiciones para el funcionamiento de dicho proceso mediante la protección de la libertad de opinión, prensa, radiodifusión, reunión y asociación, así como del derecho de sufragio y otras libertades políticas; y (3.2) *los derechos humanos son profundamente antidemocráticos* porque desconfían del proceso democrático y por ello someten al legislativo privándolo del poder de decisión de la mayoría parlamentariamente legitimada.¹⁰²²

¹⁰²¹ CERDAS, Rodolfo, "Democracia y derechos humanos", en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAIZA, Rafael (Comps.), *Estudios básicos de derechos humanos. Tomo I... op. cit.*, p. 297.

¹⁰²² ALEXY, Robert, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", trad. de Alfonso García Figueroa, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2ª

Aunado a lo anterior, la relación entre estos tres elementos también se torna compleja (i) cuando hay que determinar lo que se entiende por democracia, y (ii) cuando hay que ponerse de acuerdo sobre cuáles son los derechos humanos necesarios para poder hablar de un Estado de derecho y de un sistema democrático. En relación con el primer aspecto, lograr un acuerdo sobre el contenido de la democracia es una tarea ardua y ni siquiera en el ámbito académico existe un consenso al respecto, debido, entre otras razones, a que en las últimas décadas muchos países de América Latina, África, Asia y de Europa del Este han experimentado un importante proceso de democratización, cuyos regímenes a pesar de compartir varios atributos con las democracias del mundo industrializado, también difieren de ellas en muchos aspectos, a tal punto de surgir la duda de si son completamente democráticos. Frente a ello, muchos teóricos han tenido que revisar el concepto tradicional de democracia para poder desarrollar una nueva conceptualización que incluya las particularidades de estas nuevas experiencias políticas. Sin embargo, este esfuerzo ha permitido la multiplicación de formas alternativas del concepto, incluyendo un sorprendente número de subtipos tales como “democracia electoral”, “democracia delegativa”, “democracia plebiscitaria”, “democracia deliberativa”, entre otros, a tal grado que al examinar la literatura reciente nos encontramos con que existen más de 550 ejemplos de democracia “con adjetivos”.¹⁰²³

Por tal razón, el discurso sobre el significado de la democracia no puede considerarse concluido debido a que en el lenguaje político no se habla de la misma,

edición 2005, pp. 37-38; según este autor, “por esta razón, para el que pretenda actuar y no sólo soñar, sólo la concepción *realista* es correcta”.

¹⁰²³ COLLIER, David y LEVITSKY, Steve, “Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research”, en *World Politics Number 3*, vol. 49, April 1997, p. 430; *cfr.* BOVERO, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 16, México, abril de 2002, p. 8; SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?... op. cit.*, pp. 17-18;

únicamente en relación con ¿quién gobierna? y ¿cómo se gobierna?, sino también en relación con los fines o valores cuya realización se persigue.¹⁰²⁴ En este sentido, cuando en la actualidad se habla de democracia *sustancial* no es que se sume un “adjetivo” más al concepto para caracterizar a un régimen determinado, sino que esta sustancialidad representa un elemento intrínseco y particular de las democracias constitucionales contemporáneas pues implica un procedimiento democrático vinculado a los derechos humanos sobre los que no se puede decidir (civiles y políticos) ni dejar de decidir (económicos, sociales y culturales⁹, lo cual polemiza tanto con (i) una concepción generalizada de la democracia como mero procedimiento¹⁰²⁵ y también con (ii) una concepción del Estado de derecho que solamente incluye a los derechos de carácter civil y político.

En relación con la primera cuestión, hay quienes conciben la democracia en su definición mínima como “un conjunto de reglas (primarias o básicas que establecen *quién* tiene autorización para tomar decisiones colectivas y *qué* procedimientos se han de emplear”. Tales reglas pueden clasificarse en (i) aquellas relacionadas con el *quién decide*, las cuales deben garantizar la participación directa o indirecta de un número muy elevado de ciudadanos; (ii) las relacionadas con el *cómo se decide* o reglas procesales que exigen como mínimo que las decisiones sean adoptadas al menos por la mayoría de quienes deben tomar la decisión; y (iii) las reglas que garantizan la libertad de elección y decisión entre varias alternativas.¹⁰²⁶ Como consecuencia de esta definición mínima, los derechos económicos, sociales y culturales sólo aparecen

¹⁰²⁴ BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán, FCE, México, 1989, p. 221.

¹⁰²⁵ La definición dominante de la democracia consiste en concebirla únicamente como “un método de formación de las decisiones colectivas: precisamente, en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, y por lo tanto a la mayoría de sus miembros, el poder - directo o a través de representantes - de asumir decisiones. Esta no es sólo la acepción etimológica de ‘democracia’, sino también la concepción unánimemente compartida - desde Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Dahl - de la teoría y de la filosofía política”, en FERRAJOLI, Luigi, “Sobre la definición de ‘democracia’. Una discusión con Michelangelo Bovero”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 19, México, 2003, p. 227.

¹⁰²⁶ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, FCE, Bogotá, 1994, pp. 24-25.

como un simple complemento, mientras que los derechos civiles y políticos son el fundamento mismo de la democracia.¹⁰²⁷ De lo anterior se desprende que sólo ciertos derechos son necesarios para el ejercicio del poder democrático: (i) los derechos políticos relacionados con las reglas del primer tipo, encaminadas a garantizar la igual participación política en la formación de la voluntad general, y (ii) otros derechos de libertad referentes a las reglas del tercer tipo, destinadas a garantizar la libertad de elección y decisión entre alternativas reales (libertad de opinión, de expresión, de reunión, de asociación, entre otras).¹⁰²⁸

Por otro lado, se sostiene que el Gobierno democrático se caracteriza por su continua aptitud para responder por igual a las preferencias ciudadanas; así, todos los ciudadanos deben tener igual oportunidad de (i) formular sus preferencias; (ii) de manifestar públicamente las mismas; y (iii) de ser tratado de igual manera que al resto. Para que se den estas tres condiciones es necesario que se garantice (i) la libertad de asociación; (ii) la libertad de expresión; (iii) la libertad de voto; (iv) la elegibilidad para el servicio público; (v) el derecho de los líderes políticos para competir en busca de votos; (vi) la existencia de diversas fuentes de información; (vii) elecciones libres e imparciales; y (viii) instituciones que garanticen que la política del Gobierno dependa de los votos y demás formas de expresar las preferencias.¹⁰²⁹ No obstante, sin sus necesidades básicas satisfechas, las personas pueden verse privadas de ejercer los derechos anteriores, por lo que todos los defensores sensatos del Gobierno democrático reconocen que la desigualdad en los recursos económicos

¹⁰²⁷ BOBBIO, Norberto, "Sobre los derechos sociales", en *Íd., Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2003, p. 539.

¹⁰²⁸ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia... op. cit.*, p. 26.

¹⁰²⁹ DAHL, Robert A., *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson, Paidós, Barcelona, 1992, pp. 266-267; este autor señala que en el mundo, en vez de sistemas democráticos completos, existen *Poliarquías* que se caracterizan por extender la ciudadanía a una proporción comparativamente alta de adultos, y por reconocer entre los derechos de la ciudadanía, el de oponerse a los altos funcionarios del Gobierno y hacerlos abandonar sus cargos mediante el voto. "Como sistema de democracia en gran escala perteneciente al mundo real, la poliarquía es hasta la fecha el mejor, pero medido según normas ideales no es sino una preferencia secundaria".

constituye una seria amenaza para la democracia. Aunque existe acuerdo en la idea de que para fortalecer el proceso democrático es prioritario poner en práctica la mejor manera de alcanzar un sistema que genere una amplia distribución de los recursos económicos, se considera que al ser ésta una condición externa, no es *necesariamente* vinculante,¹⁰³⁰ como lo sería si se hablara en términos de derechos -económicos, sociales y culturales- como elementos propios y necesarios del proceso democrático.

Sobre esta base, se señala que existen tres tipos de derechos en relación con la democracia: (i) los que forman parte integral del proceso democrático; (ii) los que son exteriores al mismo pero indispensables para que funcione; y (iii) los que son exteriores al proceso democrático pero no son necesarios para él, pero sí para que cumpla con la idea de igual consideración de las preferencias ciudadanas que señalamos en el párrafo anterior. Dentro del primer tipo se encuentran los llamados “derechos prioritarios”, tales como el derecho a auto gobernarse y ciertos derechos políticos derivados de él, como los de votar en elecciones libres, la libertad de prensa y de reunión, etc., los cuales, al ser parte integral del proceso democrático no pueden ser amenazados por éste.¹⁰³¹ Dentro del tercero, por lo que aquí nos importa, se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales.

En definitiva, para las dos concepciones de democracia que hemos analizado brevemente existe la necesidad de promover ciertos presupuestos relacionados con el bienestar material, pues es indudable que la desigualdad económica y social genera una inevitable desigualdad en el ejercicio de los derechos humanos, y por tanto, se limita la participación política, con su consecuente efecto en la calidad de la voluntad

¹⁰³⁰ DAHL, Robert A., *La democracia económica. Una aproximación*, trad. de Mireia Bofia, Hacer, Barcelona, 2002, p. 144.

¹⁰³¹ DAHL, Robert A., *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson, Paidós, Barcelona, 1992, pp. 203-210 y ss.

general y de la democracia. Asimismo, la exclusión de grandes sectores de la población del desarrollo económico y del bienestar puede neutralizar la existencia de las actitudes que son necesarias para el nacimiento de ese tipo de voluntad común,¹⁰³² por lo que es evidente que la democracia está tan amenazada en los países desarrollados como en los otros, sea por dictaduras totalitarias, sea por un *laisser-faire* que favorece el crecimiento de las desigualdades y de la concentración del poder en manos de pequeños grupos.¹⁰³³ Sin embargo, estas concepciones le otorgan un papel secundario a los presupuestos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales en el proceso democrático, pues para uno (Bobbio) son un complemento, mientras que para otro (Dahl) son condiciones externas.

Ya hemos visto que en el marco de la OEA, y al contrario de las posiciones anteriores, los derechos económicos, sociales y culturales forman parte de los “componentes fundamentales” del ejercicio de la democracia, y aunque no existe ni en la Carta de la OEA ni en la CDI una definición de democracia, a la luz de ambos instrumentos así como de la Declaración Americana y del Pacto de San José y sus protocolos, se podría decir que la americana es una democracia integral, es decir, política, económica, social, cultural y medioambiental, orientada a transformar las condiciones que causan la falta de justicia social en el continente, lo que en otros términos implica realizar el ideal del ser humano libre, exento del temor y la miseria, y en condiciones que le permitan gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos (Prólogo de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador).

¹⁰³² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “La democracia como principio constitucional”, en *Íd.*, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, prólogo y trad. de Rafael Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 103. Este autor sostiene que los presupuestos de la democracia como forma de Estado y de Gobierno se pueden dividir en (i) socioculturales, (ii) político-estructurales, y (iii) éticos. Los primeros incluyen otros tantos presupuestos, dentro de los cuales es fundamental la homogeneidad relativa dentro de la sociedad que incluye, entre otras cosas, aspectos relacionados con los derechos sociales como un sistema educativo desarrollado y la lucha contra el analfabetismo, el cual, según él, es enemigo de cualquier democracia y de cualquier desarrollo de la democracia; véase pp. 99-118.

¹⁰³³ TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?... op. cit.*, pp. 41 y 284-291.

En palabras de la CIDH,

Las formalidades de la democracia, la elección de presidentes y parlamentarios, no es un cimiento lo suficientemente firme para garantizar sistemas políticos y económicos estables y duraderos. Ello queda demostrado por el hecho de que, pese a la transición de la región, en el último decenio, al imperio de la democracia, en el mismo período se ha presenciado también un marcado aumento de la incidencia de la pobreza que pone en peligro la estabilidad política de numerosos Estados de la región.¹⁰³⁴

Por tanto, dichas “formalidades” sólo se limitan al origen del gobierno democrático y no tiene en cuenta los límites y vínculos que han de imponerse al ejercicio del poder público de cara a la garantía de los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, sobre todo en relación con estos últimos pues evidentemente en condiciones de pobreza extrema, desigualdad y exclusión social, “se dificulta la efectividad de un presupuesto clave de la democracia: que los individuos son ciudadanos plenos que actúan en una esfera pública donde se relacionan en condición de iguales”.¹⁰³⁵

3.2. De la democracia formal a la democracia sustancial.

La inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de los presupuestos necesarios de la democracia hace que ésta adquiera un carácter *sustancial* pero no como un elemento contrapuesto a la democracia *formal*, dado que no desconoce su aspecto procedimental, sino como un complemento necesario.¹⁰³⁶ En el plano axiológico la primera (democracia sustancial) incorpora valores más

¹⁰³⁴ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993... op. cit.*, Capítulo V. I. La indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁰³⁵ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *La democracia en América Latina... op. cit.*, p. 118.

¹⁰³⁶ FERRAJOLI, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, en *Íd.*, *Derechos y garantías... op. cit.*, p. 23.

importantes, y por tanto previos en relación con la segunda (democracia formal), y como consecuencia, el principio de la democracia política, relativo al quién decide, está subordinado a los principios de la democracia social relativos a qué no es lícito decidir y a qué es lícito dejar de decidir.¹⁰³⁷ En este sentido, cuando se incorporan los derechos humanos en una Constitución, hacen que ésta se constituya en la principal garantía de la democracia en sus dos dimensiones, *formal* (conjunto de procedimientos y de controles estipulados en garantía de la representación y del principio de mayoría) y *sustancial* (derechos humanos que garantizan la igualdad y las necesidades vitales de todos),¹⁰³⁸ por todo lo cual, ninguna mayoría podría, por ejemplo, decidir la condena de un inocente o la privación de los derechos de una minoría, y tampoco podría dejar de decidir las medidas necesarias para que a una persona le sea asegurada su subsistencia en condiciones de dignidad.¹⁰³⁹

Por tanto, los derechos humanos expresan la dimensión sustancial de la democracia en tanto se constituyen en parámetros de validez del ejercicio de los poderes públicos y se configuran como vínculos sustanciales normativamente impuestos tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado, pues son fundamentales para la convivencia en comunidad y son a la vez la razón de ser del Estado.¹⁰⁴⁰ Dadas las circunstancias actuales, los ciudadanos se enfrentan a las amenazas provenientes de dos frentes, (i) la amenaza de los poderes públicos y (ii) la amenaza de los poderes económicos privados. En consecuencia, para protegerse de los primeros (del Estado), es necesario “garantizar la división y el control de esos poderes, sustrayendo de las mayorías legislativas coyunturales ciertos derechos de libertad que delimiten un ámbito de no injerencia para los individuos”, y para

¹⁰³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, p. 865.

¹⁰³⁸ FERRAJOLI, Luigi, “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”... *op. cit.*, p. 22; Bobbio señala que “[...] una democracia perfecta debería ser al mismo tiempo formal y sustancial; mas un régimen de este tipo pertenece por ahora al género del futuro”, BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad... op. cit.*, p. 222.

¹⁰³⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, p. 865.

¹⁰⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”... *op. cit.*, pp. 35-36.

protegerse de los segundos, además de controles, se requieren unas prestaciones de “bienes y servicios básicos por parte del Estado, que los ponga a salvo de los desequilibrios de los poderes del mercado”.¹⁰⁴¹

Bajo estos parámetros, la democracia formal o procedimental es una concepción inconclusa que debe ser completada para que responda no solamente a las preguntas del *quién* y del *cómo* sino también sobre el *qué* se decide, ya que la carencia del contenido de lo que se puede o no decidir podría degenerar en lo que se suele llamar “la tiranía de las mayorías”.¹⁰⁴² De allí que la dimensión sustancial de la democracia impone límites a su dimensión formal o procedimental mediante la delimitación de aquello sobre lo que no se puede decidir (los derechos civiles y políticos) y sobre lo que no se puede dejar de decidir (los derechos económicos, sociales y culturales).

Es en este sentido que los derechos humanos imprimen una dimensión sustancial al Estado de derecho y a la democracia, ya que las normas que reconocen los derechos humanos determinan no tanto la forma (quién decide y cómo se decide) sino el contenido o la sustancia de las decisiones (qué no es lícito decidir o no decidir). Así, mientras las reglas de la representación y el principio de las mayorías permiten establecer lo que es decidible, los derechos humanos determinan la esfera de lo indecible, que incluye, “lo no decidible que, es decir, de las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad, y de lo no decidible que no, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales”. Por tanto, las normas formales sobre la *vigencia* se identifican con las reglas de la democracia *formal*, mientras que las normas sustanciales sobre la *validez* se identifican con las

¹⁰⁴¹ PISARELLO, Gerardo, “Por un concepto exigente de Estado de Derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, en *Sistema*, N° 144, Madrid, 1998, p. 106.

¹⁰⁴² Véase al respecto, SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?...op. cit.*, pp. 131-135; TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?... op. cit.*, p. 180-187.

reglas de la democracia *sustancial*. Las primeras aseguran el procedimiento para que las decisiones sean la expresión de la voluntad de la mayoría; las segundas aseguran, so pena de invalidez, que las decisiones de la mayoría estén vinculadas al respeto de los derechos humanos. Por consiguiente, el paradigma de la democracia constitucional de nuestros tiempos se concreta en la sujeción del derecho al derecho mediante la separación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, y entre legitimación formal y legitimación sustancial, dado que el principio de soberanía popular y la regla de la mayoría se subordinan a los derechos humanos como principios sustanciales que determinan los ámbitos de las decisiones democráticas, y en consecuencia, se constituyen en fuentes de deslegitimación más que de legitimación.¹⁰⁴³

Los derechos humanos al representar un sistema de límites y de vínculos para el Estado, cambian la relación entre éste y los sujetos sometidos a su jurisdicción en el sentido de que al ser estos últimos, titulares más que destinatarios, el Estado se ve obligado a promover las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de esos derechos, lo cual incluye no solamente vínculos y límites normativos al propio Estado, sino también vínculos y límites normativos a los poderes de los propios ciudadanos.¹⁰⁴⁴ Así, el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista pues (i) las constituciones son contratos sociales en los que se determinan las condiciones para la convivencia social; y (ii) esta idea del contrato social es una metáfora de la democracia *política* porque se refiere al consenso de los contratantes lo que constituye una legitimación del poder político desde abajo, pero a su vez es una metáfora de la democracia *sustancial* debido a que dicho contrato contiene un contenido considerado fundamental para la comunidad, y por

¹⁰⁴³ FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales" ... *op. cit.*, pp. 36-37.

¹⁰⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...* *op. cit.*, p. 935.

consiguiente, su violación legitima la ruptura del mismo y el ejercicio del derecho de resistencia.¹⁰⁴⁵

Estos contenidos de las constituciones como pactos fundantes son producto de las luchas sociales y políticas de diversos movimientos que desde la revolución francesa hasta nuestros días han permitido que se hayan desarrollado los procesos de positivación, generalización, internacionalización y especificación de los derechos humanos,¹⁰⁴⁶ mediante los cuales se han reconocido primero los derechos civiles, luego los derechos políticos y después los derechos económicos, sociales y culturales, y en la actualidad, son objeto de reivindicación algunos derechos nuevos como el derecho a la paz y al medio ambiente, que aunque reconocidos en el ámbito internacional y en algunas constituciones, no gozan de las garantías que aseguren su debida protección. De esta manera, los derechos humanos “se afirman siempre como *leyes del más débil* en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”.¹⁰⁴⁷

Por ende, el desarrollo progresivo de los derechos humanos en términos de reconocimiento y positivación ha implicado el progreso de la democracia desde una concepción formal a una concepción sustancial, dado que la expansión de los derechos ha permitido la ampliación de la protección del Estado a ciertos ámbitos que anteriormente estaban vedados a su intervención, especialmente en lo referente a los derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, el progreso de la democracia no sólo se da con esta expansión de los derechos y sus garantías, sino también mediante “la extensión del Estado de derecho al mayor número de ámbitos de la vida y esferas de poder, con el fin de que también allí sean tutelados y

¹⁰⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”... *op. cit.*, p. 38.

¹⁰⁴⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales...* *op. cit.*, pp. 156-199; BOBBIO, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, p. 16.

¹⁰⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”... *op. cit.*, pp. 39-40.

satisfechos los derechos fundamentales de las personas. Son de hecho los poderes desregulados que se desarrollan en su interior los principales ‘obstáculos de orden económico y social’ que limitan ‘de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos’¹⁰⁴⁸.

En síntesis, la concepción de la democracia aquí planteada implica un sistema complejo de separación y equilibrio de poderes, de límites de forma y contenido a su ejercicio, de garantía de los derechos humanos, de técnicas de control y compensación si son vulnerados, y en definitiva, la sustancia de la democracia está referida a un sistema en que “la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquella que podemos llamar la esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo obligatorio y que está precisamente formada por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales -a la salud, a la escuela, a la prevención y a la subsistencia- que toda mayoría está obligada a satisfacer”.¹⁰⁴⁹ En este sentido, la democracia “se asienta sobre el principio de que es el pueblo el titular de la soberanía política, y que en ejercicio de esa soberanía elige a sus representantes para que ejerzan el poder político. Los representantes ejercen así un mandato de sus representados, que aspiran idealmente a tener una vida digna, en libertad y democracia”,¹⁰⁵⁰ y de esta manera tales representantes se encuentran vinculados y obligados a cumplir con el mandato de garantizar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

¹⁰⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, p. 934.

¹⁰⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la Filosofía del Derecho... op. cit.*, pp. 144-145.

¹⁰⁵⁰ CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay... op. cit.*, Capítulo II. Institucionalidad democrática. A. Introducción, párr. 3.

3.3. El papel de los derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas democráticos americanos.

Una de las tesis centrales del contractualismo contemporáneo es la creación de una organización social (el Estado) que promueva y proteja los valores y necesidades fundamentales de la sociedad, que una vez incluidas en las constituciones se constituyen en parámetros de legitimidad de todo el sistema político. Por ello, con la constitucionalización de los derechos humanos la actividad del Estado no se ve agotada en la garantía de una libertad formal, sino que busca la creación de un régimen que permita la satisfacción de esas necesidades sustanciales, lo cual “es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado”.¹⁰⁵¹ En ese sentido, el Estado y el derecho no son hechos natural sino fenómenos artificiales y convencionales contruidos por los individuos para la tutela de sus necesidades y sus derechos, desde el derecho a la vida de acuerdo con Hobbes, los derechos de libertad y propiedad según Locke, y los derechos políticos y económicos, sociales y culturales que se han añadido con el constitucionalismo moderno.¹⁰⁵²

De esta forma, una constitución política se constituye en un sistema de reglas formales y sustanciales cuyos destinatarios son los titulares del poder, por lo que no representan únicamente el complemento del Estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, sino que también son un programa político para el futuro.¹⁰⁵³ En ese sentido, las constituciones son algo más que una simple norma (aunque lo sean), son a su vez el diseño de cómo idealmente tendría que funcionar una sociedad.¹⁰⁵⁴ Por ello, se puede decir que se pasa de un concepto formal de Estado de derecho a uno material ya que la constitución no se

¹⁰⁵¹ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”... *op. cit.*, pp. 35-36.

¹⁰⁵² FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la Filosofía del Derecho*... *op. cit.*, pp. 172-173.

¹⁰⁵³ *Ibíd.*, p. 171.

¹⁰⁵⁴ LÓPEZ CALERA, Nicolás María, *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 111-112.

restringe a establecer unos límites estatales frente a la libertad del ciudadano, sino que ordena la vida de la comunidad conforme a principios materiales para que la libertad de la persona tenga un contenido real.¹⁰⁵⁵ En virtud de lo anterior, cambia la base de legitimación estatal pues mientras en el Estado de derecho *liberal* el poder público solamente tenía el deber de no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, en el Estado de derecho *social* el poder público también debe mejorarlas.

Los derechos económicos, sociales y culturales juegan un papel esencial en las bases que sostienen un Estado democrático de derecho, pues junto con los civiles y políticos expresan los derechos del ciudadano frente al poder público, los intereses de los débiles frente a los más fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes frente a las mayorías, o de las mayorías marginadas y empobrecidas frente a una minoría que concentra el poder económico. En este sentido, no existe diferencia entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, ya que también estos últimos, “como cada vez se hace más evidente en los países ricos, en los que la pobreza tiende a convertirse en una condición minoritaria, son derechos individuales virtualmente contrarios a la voluntad y a los intereses de la mayoría”.¹⁰⁵⁶

A su vez, este papel esencial viene dado porque su protección y su extensión a todos, permite la igualdad en los derechos (igualdad jurídica, tanto formal como sustancial) y por ende, mejoran la calidad de la democracia y del Estado de derecho. De este modo, todos los derechos humanos se constituyen en técnicas a través de las cuales la igualdad formal y sustancial resulta asegurada o perseguida; por un lado, las garantías de los derechos civiles y políticos aseguran la igualdad formal o política,

¹⁰⁵⁵ GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales... op. cit.*, pp. 122-123; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho”, en *Íd., Estudios sobre el Estado de Derecho... op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, p. 864.

por el otro, la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales posibilitan la igualdad sustancial o social. Las primeras tutelan las diferencias para las que promueven la tolerancia, por lo que son derechos a seguir siendo personas diferentes a las demás; las segundas remueven las desigualdades que se ven como intolerables, por lo que son derechos a ser personas iguales a las otras en las condiciones mínimas de vida y de dignidad.¹⁰⁵⁷ Así, un régimen que privilegia la libertad puede dejar que se incremente la desigualdad y, a la inversa, que la búsqueda de la igualdad se realice renunciando a la libertad. “Pero es más cierto todavía que no hay democracia que no sea la combinación de esos dos objetivos y que no los una mediante la idea de fraternidad”.¹⁰⁵⁸ Por ello, el principio de los fines o valores que es adoptado para distinguir en su contenido un régimen democrático de uno no democrático es la igualdad, no solamente jurídica, sino también en cierta medida, económica y social.¹⁰⁵⁹

En virtud de todo lo anterior, ante la pregunta sobre cuáles son los derechos indispensables para hablar de un Estado democrático de derecho, la respuesta integral debe incluir tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, como mecanismos para limitar y minimizar el poder público y privado, y maximizar las libertades y las expectativas,¹⁰⁶⁰ en el sentido de que la democratización de la sociedad se inicie en la experiencia cotidiana de la gente mediante el acceso a los medios indispensables para la promoción de su dignidad, y así, lograr su participación real en las decisiones políticas trascendentales.

¹⁰⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales” ... *op. cit.*, pp. 21-22.

¹⁰⁵⁸ TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?*... *op. cit.*, p. 162.

¹⁰⁵⁹ BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad*... *op. cit.*, p. 221.

¹⁰⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*... *op. cit.*, p. 866.

En el continente americano gradualmente se va afianzando la idea de que no hay derechos humanos sin democracia, así como no hay democracia sin derechos humanos, tomados éstos en su conjunto, es decir, incluyendo tanto a los derechos civiles y políticos, como a los económicos, sociales, culturales. El concepto de democracia abarca hoy tanto la democracia política con énfasis en los procesos democráticos formales como la democracia de desarrollo, en donde los derechos humanos se constituyen en vehículos para lograr la igualdad de condiciones, no simplemente de oportunidades.¹⁰⁶¹ De ello se desprende la idea de una democracia integral con sus componentes político y social. “Así aflora la democracia ‘calificada’, como ‘calificados’ son también los seres humanos, artífices y destinatarios de ella. Así se extiende el paso fuera de la abstracción: hacia donde la vida discurre”.¹⁰⁶²

La CIDH ha entendido que la democracia es una condición necesaria para lograr la vigencia y el respeto de todos los derechos humanos, lo cual incluye los derechos de participación política, el respeto al principio de legalidad, la independencia judicial y la tutela efectiva frente a los actos del poder público. No obstante, hay que agregar que la democracia

[...] no puede desligarse de lo señalado en el propio preámbulo de la Convención Americana en el sentido de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. El objetivo no es sólo avanzar hacia una democracia representativa plena, sino velar porque tal sistema de organización política represente para cada persona la posibilidad de lograr el respeto y realización plena de todos sus

¹⁰⁶¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “Democracia y Derechos Humanos: El régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de derecho”... *op. cit.*, pp. 17 y 21.

¹⁰⁶² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”... *op.cit.*, p. 97.

derechos humanos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales. Ello, por demás, constituye la mejor garantía para la preservación misma de la democracia como sistema, pues en la medida en que las personas estén convencidas, por su propia experiencia personal, de que ése es efectivamente el mejor modelo de organización política, éstas serán la mejor garantía contra dictaduras tradicionales y contra otras formas autoritarias de gobierno.¹⁰⁶³

Bajo estos parámetros, la relación entre democracia y *todos* los derechos humanos se puede proyectar como una imagen en donde la primera es el telón de fondo, institucional y político, donde los segundos se desenvuelven y desarrollan con total naturalidad, y no hay divorcio de ninguna naturaleza entre “categorías” de derechos, es decir, entre aquellos que permitan la libertad (derechos civiles y políticos), aquellos que proporcionan los fundamentos materiales para el ejercicio real de sus derechos civiles y políticos (derechos económicos y sociales), y aquellos relativos al entorno natural, “que no sólo debe preservarse como sustrato para el desarrollo social y personal, sino como condición para la conformación del complejo superior, hasta hoy fracturado y hasta contrapuesto, que une indisolublemente individuo, sociedad y naturaleza (derechos colectivos y ecológicos)”.¹⁰⁶⁴

¹⁰⁶³ CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay... op. cit.*, Capítulo II. Institucionalidad democrática. A. Introducción, párr. 5-7.

¹⁰⁶⁴ CERDAS, Rodolfo, “Democracia y derechos humanos”, en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAIZA, Rafael (Comps.), *Estudios básicos de derechos humanos. Tomo I... op. cit.*, p. 301.

CONCLUSIONES

Capítulo I

(1) Con el desarrollo de esta tesis hemos reafirmado que todos los derechos humanos forman un conjunto unitario, armónico e indisoluble al servicio de la dignidad humana, y que de ninguna manera es justificable la creencia en una supuesta superioridad de unos derechos sobre otros, ya que al complementarse se constituyen en el estatuto básico del ser humano, y por lo tanto, representan uno de los elementos fundamentales que definen la idea de modernidad y humanidad. Pese a la existencia de un consenso casi generalizado respecto de la indivisibilidad e interdependencia de todos ellos, en términos prácticos los derechos económicos, sociales y culturales han sido considerados derechos de segunda clase y de menor categoría que los civiles y políticos, lo cual ha quedado reflejado en la debilidad de sus mecanismos de protección tanto en el ámbito nacional como internacional.

(2) Muchos de los argumentos históricos, axiológicos, dogmáticos y jurídicos que fundamentan y justifican un trato diferenciado a unos y otros derechos, descansan sobre bases teóricas difícilmente sostenibles en la actualidad, sin embargo, han logrado condicionar e influir el pensamiento político y jurídico a tal punto que en muchas ocasiones se les ha catalogado como objetivos sociales en vez de verdaderos derechos. En el ámbito del Sistema Interamericano, el tratamiento marginal que se le ha dado a los derechos económicos, sociales y culturales se debe a los malos entendidos conceptuales referentes a la naturaleza de estos derechos y a las debilidades normativas e institucionales, que deben ser superados. Por ello, numerosos académicos, investigadores, activistas, abogados litigantes y jueces han asumido el desafío de rebatir tales argumentos de forma creativa y renovada para ratificar que el ideal del ser humano “libre del temor y la miseria” no puede concretarse sin unos derechos que se constituyan en una herramienta para reducir las desigualdades y potenciar las capacidades básicas de las personas. Este trabajo ha pretendido, a partir de un enfoque integral de los derechos humanos, sumarse al

esfuerzo de proporcionar una expresión real y concreta a la tesis de su interdependencia e indivisibilidad, que tenga efectos teóricos y prácticos en la búsqueda de una protección más efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales.

(3) Hemos demostrado que el debate sobre los derechos económicos, sociales y culturales ha estado presente desde el inicio de la historia de los derechos humanos y que su marginación histórica no se debe sólo a cuestiones estrictamente jurídicas, sino también a motivos políticos e ideológicos, razón por la cual la tesis generacional que los sitúa siempre posteriores o detrás de los derechos civiles y políticos, minimiza la larga y compleja historia de reivindicación de los mismos que comienza en los albores de la revolución francesa y que se profundiza con las revoluciones sociales y obreras de mediados del siglo XIX hasta llegar a nuestros días. Por tanto, debe rechazarse la tesis en virtud de la cual se argumenta una absoluta prioridad histórica de unos derechos sobre otros, a tal punto de considerar a unos (civiles y políticos) más importantes y de mayor jerarquía que otros (económicos, sociales y culturales), sino que se debe asumir una visión integrada de todos ellos en la que su proceso histórico sea considerado como una expansión y un fortalecimiento encaminado a la salvaguardia de su razón de ser: la dignidad humana.

(4) La importancia de los derechos económicos, sociales y culturales como promotores de la igual libertad radica en que se constituyen en instrumentos esenciales para que las personas puedan satisfacer ciertas necesidades básicas, sin las cuales no podrían alcanzar los niveles de humanidad y dignidad necesarios para disfrutar de sus derechos civiles y políticos, y en consecuencia, para participar en plenitud en la vida política y en el disfrute de sus beneficios, y así romper con el círculo vicioso de la desigualdad que condena a millones de personas a una doble exclusión – la política y la social -. En ese sentido, unos y otros derechos se necesitan

y se complementan mutuamente para lograr una igualdad que permita la libertad real, ya que en las sociedades democráticas actuales no se pueden privilegiar los derechos civiles y políticos a costa del incremento de la desigualdad, y a la inversa, no se pueden privilegiar los derechos económicos, sociales y culturales al precio de renunciar a la libertad

(5) Para ello, todos los derechos humanos están protegidos por un complejo de obligaciones negativas y positivas a cargo del Estado, y tienen una faceta poliédrica que comporta una amplia gama de obligaciones exigibles ante los poderes públicos que van desde las obligaciones negativas de respeto, pasando por las obligaciones de protección, hasta las obligaciones positivas de promoción y satisfacción. De este modo, es inexacto pensar que existe un derecho puro en el sentido de generar únicamente un tipo de obligaciones, y que en base a ello, los derechos sean divididos en dos categorías, tal como ha venido sucediendo a lo largo de la historia y que finalmente se vio reflejado en la adopción de dos pactos internacionales en el ámbito de la ONU –el PIDCP y el PIDESC-, y de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador en el ámbito interamericano, en los que los derechos humanos fueron artificialmente divididos como si se tratara de dos cosas o mundos distintos.

(6) La categorización de los derechos humanos en clases o grupos separados ha propiciado la concepción de unos derechos baratos (civiles y políticos) que necesitan la abstención o no intervención de los poderes públicos, y la de otros derechos caros (económicos, sociales y culturales) que requieren la acción positiva del Estado para su implementación. No obstante, el análisis que hemos desarrollado nos permite afirmar, en primer lugar, que no hay un fundamento absoluto para hablar de derechos onerosos y derechos baratos, ya que todos ellos necesitan de la acción positiva estatal, y consecuentemente, demandan el uso de los recursos públicos; y en segundo lugar, que en muchas ocasiones la falta de satisfacción de las

necesidades básicas que requiere una persona para vivir dignamente es el resultado de la forma en que se prioriza la asignación de los recursos disponibles y no de su escasez. De cualquier modo, independientemente de los costos que pueda generar un derecho - sea civil y político, o económico, social y cultural -, el argumento económico no es una razón suficiente para clasificarlos en categorías separadas y considerarlos sometidos al vaivén de las finanzas públicas, pues hay ciertas medidas que los Estados pueden tomar de forma inmediata respecto a todos los derechos sin que impliquen carga alguna sobre las arcas estatales.

Capítulo II

(7) He analizado críticamente la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales son por naturaleza no justiciables debido, entre otras cosas, a que son derechos de configuración legislativa, y a que los jueces no tienen legitimidad democrática para conocer cuestiones relativas a la política social y económica de un país ni cuentan con las capacidades técnicas para deliberar sobre esos asuntos. Esta idea ha influido de manera importante para que estos derechos cuenten con mecanismos de protección débiles, y a pesar de que existe una infinidad de ejemplos que demuestran que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser exigibles en sede jurisdiccional, todavía no se ha desarrollado una teoría universal de su justiciabilidad, del mismo modo como ha sucedido con los derechos civiles y políticos. Es preciso ratificar que la falta de justiciabilidad de algunos derechos económicos, sociales y culturales responde a que su reconocimiento normativo no ha sido acompañado de la elaboración de las respectivas garantías, dado que la mayoría de los medios jurídicos que hoy existen fueron diseñados para tutelar los derechos civiles y políticos, y que su falta de desarrollo se debe, sobre todo, a su marginación histórica de los procedimientos de concreción legislativa, jurisprudencial y doctrinal, y no a un supuesto defecto genético.

(8) Para el diseño de tales técnicas de protección, es preciso superar la aproximación imperativista que considera que la falta de garantías comporta la inexistencia del derecho, lo que significa que un derecho humano sólo sería propiamente un verdadero derecho si se puede hacer valer ante los tribunales; y admitir, desde una aproximación normativista, que en virtud de su sola emanación, una norma que atribuye un derecho existe pero que en ausencia de la norma que instituye su obligación correlativa, resulta no actuada y nos encontramos en presencia de una laguna que los poderes públicos tienen el deber de colmar. Así las cosas, es claro que la dificultad para exigir judicialmente un derecho económico, social o cultural no se debe a un defecto natural de su categoría sino que responde a decisiones de política legislativa, pues cuando faltan sus garantías primarias (obligaciones y prohibiciones en las que consiste el derecho) y sus garantías secundarias (obligaciones que incumben a los órganos judiciales de aplicar la sanción o de declarar la anulación en presencia de actos inválidos o ilícitos que violen las garantías primarias), estamos ante una violación del deber o la obligación que tienen los poderes públicos de producir las leyes necesarias que establezcan las garantías cuya aplicación se requiere para garantizar efectivamente estos derechos.

(9) Teniendo en cuenta que no hay ninguna imposibilidad técnica o práctica que permita afirmar que los derechos económicos, sociales y culturales no puedan ser protegidos como los civiles y políticos, es preciso destacar que su realización política se enfrenta no sólo a la discriminación estatal en la asignación de los recursos disponibles y a la marginación en su desarrollo legislativo, doctrinal y jurisprudencial, sino también a la lógica mercantil de la visión neoliberal que se sostiene sobre un modelo de relaciones internacionales desiguales y que convierte la satisfacción de los bienes básicos para vivir dignamente en un privilegio exclusivo de las sociedades ricas. En consecuencia, la ineffectividad de los derechos económicos, sociales y culturales no responde a una especie de defecto inherente a su naturaleza,

sino a que los poderes públicos no cumplen con la obligación de elaborar y aplicar sus debidas garantías; ante ello, es imperativo que la ciencia jurídica asuma un papel crítico para denunciar las lagunas y las antinomias que encontramos en los ordenamientos jurídicos – internos e internacionales -, y un papel normativo respecto de la legislación y la jurisdicción a las que se impone cubrir dichas lagunas y tales antinomias.

(10) La afirmación de que no hay razones técnicas que permitan negar que los derechos económicos, sociales y culturales sean justiciables, implica admitir que los tribunales están facultados para decidir sobre asuntos relacionados con ellos, lo cual contradice la extendida opinión de que estos derechos plantean situaciones que deben ser determinadas y decididas en sede política y no jurisdiccional, pues de lo contrario se produciría el riesgo de una intrusión de funciones por parte del poder judicial sobre el legislativo. Sin embargo, hasta el momento la experiencia cotidiana nos muestra que cada vez más los tribunales internos e internacionales conocen, interpretan y deciden sobre cuestiones relacionadas con estos derechos sin que existan riesgos para el modelo democrático de los Estados. De cualquier forma, la intervención judicial en el ámbito interno, pese a no estar legitimada por los votos de la mayoría electoral, si lo está democráticamente, dado que su naturaleza por sí sola es suficiente para explicar el carácter no consensual ni representativo de su legitimación y para fundar su independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría. En el ámbito internacional, la legitimidad de los órganos de vigilancia, en este caso de la CIDH y la Corte IDH, para conocer asuntos en materia de protección de derechos económicos, sociales y culturales descansa sobre dos presupuestos fundamentales: que los Estados han aceptado de buena fe las obligaciones jurídicas contenidas en la Declaración Americana, el Pacto de San José y el Protocolo de San Salvador, y que han cedido de forma soberana ciertas competencias de supervisión de dichas obligaciones a tales órganos de vigilancia.

Capítulo III

(11) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es el primer instrumento internacional en integrar en su texto los derechos económicos, sociales y culturales junto con los derechos civiles y políticos sin establecer jerarquía entre ellos. A pesar de haber sido adoptada como una simple resolución de la Asamblea General de la OEA, hoy se puede sostener que se ha convertido progresivamente en una fuente de obligaciones jurídicas, en cuanto determina y define los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA, en virtud (a) de su aplicación reiterada como instrumento obligatorio por parte de la CIDH; (b) de la aceptación por parte de los Estados de la región y de los órganos del Sistema Interamericano de que la inobservancia de la Declaración Americana compromete la responsabilidad internacional del Estado infractor puesto que constituye una violación del principio de *bona fide* en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales; (c) de que la propia Asamblea General de la OEA ha reconocido reiteradamente que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la organización; y (d) del reconocimiento de la obligación estatal de reparar los daños causados a las víctimas por las violaciones de los derechos contenidos en la Declaración Americana. Esta situación representa un avance importante para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales pues abre las puertas para que la CIDH y la Corte IDH conozcan directamente sobre violaciones a los mismos, lo cual a su vez implica un desafío para las organizaciones de la sociedad civil, las víctimas y los abogados litigantes en el sentido de insistir en la presentación de casos relativos a violaciones de estos derechos en relación con las normas sobre derechos económicos, sociales y culturales que pueden derivarse de la Carta de la OEA, junto con el artículo 26 del Pacto de San José y con otros instrumentos interamericanos.

(12) La Convención Americana es el principal instrumento protector de derechos humanos en el ámbito interamericano, pero no retoma la visión integradora de la Declaración Americana y tampoco establece de forma explícita un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales, sino que por vía de referencia o interconexión normativa refiere un listado de los mismos a las normas económicas, sociales, y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Pese a las dificultades interpretativas que ello implica, no hay duda de que dicha referencia abre muchas posibilidades para lograr la protección contenciosa de estos derechos por parte de la CIDH y de la Corte IDH. En este sentido, considerar que la Convención Americana es sólo un instrumento de derechos civiles y políticos, y que por tanto la competencia *ratione materiae* de ambos órganos interamericanos se limita sólo a ellos, es producto de una lectura incompleta del mismo. De cualquier manera, el Protocolo de San Salvador se adopta con el objetivo de intentar llenar el vacío existente en la Convención Americana, aunque se debe reconocer que el alcance de sus mecanismos de protección hace que parezca diminuto, ya que limita la competencia de la CIDH y de la Corte IDH a conocer únicamente la violación de los derechos a la libertad sindical y a la educación, mientras que los derechos restantes quedan marginados de la protección cuasi-judicial y judicial, y sometidos solamente al control mediante un sistema de informes estatales periódicos. Por tanto, el Protocolo de San Salvador representa (a) un avance normativo respecto de la Convención Americana dado que reconoce explícitamente un catálogo importante de derechos económicos, sociales y culturales; (b) un avance parcialmente operativo pues sólo reconoce la justiciabilidad de dos de esos derechos; y (c) un estancamiento en relación con el resto de derechos en tanto que los priva del control cuasi-judicial y judicial de la CIDH y de la Corte IDH. Es importante destacar que el reconocimiento de la justiciabilidad de dos derechos económicos, sociales y culturales (libertad sindical y educación) en el Protocolo de San Salvador fortalece el argumento de que no hay razón técnica-jurídica para negar la justiciabilidad del resto

de derechos de este tipo. Pero al reconocer únicamente la justiciabilidad de tales derechos, el Protocolo de San Salvador establece una nueva jerarquía inadmisibles entre los derechos en él consagrados, ya que en términos de protección, le otorga mayor importancia a la libertad sindical y a la educación en detrimento del resto.

(13) Al aceptar la Convención Americana los Estados Partes (a) han asumido la obligación de respetar todos y cada uno de los derechos y libertades reconocidos en ella y en sus protocolos, y la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación. Dentro de esos derechos se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales que puedan derivarse del artículo 26 y los consagrados en el Protocolo de San Salvador. En este sentido, el Estado está en el deber de proteger a las personas no sólo de los actos ilícitos de sus agentes que lesionen esos derechos, sino también de los particulares, mediante la adopción de medidas de prevención, la investigación y sanción de las violaciones a los derechos reconocidos, y la reparación de los daños producidos. Así por ejemplo, cuando el acceso a los niveles mínimos de subsistencia es impedido por agentes públicos o privados o esté comprometido por razones estructurales relacionadas con la ineficaz o injusta política económica y social de un país, sin que el Estado tome las medidas necesarias para solventar tal situación, entonces dicho Estado puede incurrir en responsabilidad internacional. (b) Han aceptado el papel institucional de la CIDH en la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones estatales, dentro de las que incluyan las relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Declaración Americana y en el artículo 26; y (c) han admitido la necesidad de contar con un órgano de control judicial a quien le ceden competencias judiciales en materia de protección de derechos humanos, para lo cual han aprobado la creación de la Corte IDH como máximo tribunal regional en materia de derechos humanos. En este sentido, con la ratificación de la Convención Americana los Estados han adquirido el compromiso internacional (a) de reconocer

los derechos protegidos en ella y sus protocolos; (b) de adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para hacerlos efectivos dentro de su jurisdicción; y (c) de prohibir todo tipo de discriminación en el ejercicio de tales derechos.

(14) El artículo 26 de la Convención Americana permite establecer por vía de referencia a las normas pertinentes de la Carta de la OEA, una serie de derechos cuyas violaciones pueden ser sometidas a conocimiento de la CIDH y la Corte IDH. Sin embargo, ello requiere realizar un esfuerzo teórico e interpretativo lo más riguroso posible para evitar tanto una interpretación demasiado extensa que infiera directamente que los derechos protegidos por el artículo 26 son los contenidos en la Declaración Americana, como una interpretación demasiado restrictiva que despoje a tal artículo de efectos jurídicos y por ende, de toda aplicación operativa. A su vez, la sola determinación de los derechos amparados en el artículo 26 no resuelve la cuestión de su contenido, es decir, la determinación de las facultades, libertades, prohibiciones y mandatos que nacen con su reconocimiento. De allí la importancia del papel de la CIDH y la Corte IDH mediante el ejercicio de sus competencias consultiva y contenciosa para determinar dicho contenido, y en consecuencia, para establecer el alcance de las obligaciones que los Estados Partes deben cumplir.

(15) Una de las obligaciones claras que define el artículo 26, la cual es ratificada por el artículo 1 del Protocolo de San Salvador, es la progresividad con que se debe lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta característica no significa que los Estados tienen total discrecionalidad para adoptar las medidas necesarias sin límites en el tiempo en el sentido de poder aplazarlas indefinidamente, ni que no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización de tales derechos, dado que cuando adoptan la Convención Americana, asumen la obligación de avanzar continuamente hacia la plena efectividad de los derechos inferidos del artículo 26. Por tanto, los Estados deben

asegurar condiciones que, de acuerdo con sus recursos materiales, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual implica que los Estados tienen la doble obligación de mejorar continuamente el goce de los derechos económicos, sociales y culturales (obligación positiva), y de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas (obligación negativa) que reduzcan los niveles de protección de los derechos vigentes o supriman los ya existentes. No hay duda que la disponibilidad de recursos es una condicionante para la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, pero cuando los recursos son escasos, los Estados tienen la obligación mínima de garantizar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de tales derechos, pues si la Convención Americana o el Protocolo de San Salvador se interpretaran de tal manera que no establezcan una obligación mínima, carecerían en gran medida de su razón de ser.

(16) La correcta utilización de la noción de contenido mínimo constituye una herramienta fundamental para promover la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y para monitorear su desarrollo progresivo mediante la utilización de los indicadores respectivos. Pero para ello, es necesario que desde la jurisprudencia, el litigio y la dogmática jurídica se vayan concretando los componentes esenciales y periféricos de cada derecho, lo cual está sustentado en la idea de que cuando un Estado ha aceptado ciertas obligaciones jurídicas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, asume que bajo cualquier circunstancia, incluidos los períodos de escasez de recursos, tiene la obligación de garantizar los niveles esenciales o el contenido mínimo de los derechos, cuyo goce y disfrute se comprometió a promover y asegurar. Bajo estos parámetros, hay que asumir un equilibrio pragmático entre el ideal que representa la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual requiere un desarrollo progresivo, y la realidad, representada en este caso por el respeto de los contenidos

mínimos, especialmente de los sectores más vulnerables de la población. Este equilibrio no debe llevarnos a renunciar al ideal de la implementación plena de estos derechos ni a posponerlo o suplantarlos por la sola garantía del contenido mínimo.

(17) En virtud de lo anterior, se puede sostener que el marco normativo del Sistema Interamericano, pese a no ser óptimo, ofrece importantes posibilidades de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, a lo que se suman las amplias facultades de la CIDH y la Corte IDH para monitorear y decidir sobre situaciones relacionadas con estos derechos. No obstante, los resultados en esta materia no se han correspondido ni con tales posibilidades ni con las condiciones de pobreza y desigualdad en el continente que requieren de actitudes y acciones contundentes por parte de los diversos actores que interactúan en nuestro sistema regional. Aunque se han dado pasos importantes, la CIDH y la Corte IDH aún no le han dado a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales un tratamiento metódico y coherente, y salvo contadas excepciones, cuando lo han hecho ha sido mediante su conexión con los derechos civiles y políticos o limitando sus propias potencialidades. En este sentido, la protección de estos derechos es todavía un tema novedoso para la jurisdicción interamericana y aunque sus órganos han examinado asuntos que lindan con cuestiones económicas, sociales y culturales, aún no han entrado de lleno en esta materia por sí misma y tampoco se han pronunciado acerca del sentido que posee la denominada progresividad de tales derechos. De cualquier manera, tanto la CIDH como la Corte IDH han utilizado los distintos mecanismos con que cuentan (opiniones consultivas, sentencias, medidas provisionales y cautelares, informes especiales y temáticos, reparaciones, etc.) para considerar un número de casos que, aunque limitado, ha constituido un importante avance para la protección de estos derechos, y que permite presagiar que los órganos interamericanos cada vez dan más pasos significativos en la consecución de ese fin.

(18) En el caso más importante sobre derechos económicos, sociales y culturales sometido a conocimiento de la Corte IDH (el caso “Cinco pensionistas”), la sentencia del tribunal interamericano tuvo una doble cara. Por un lado, la Corte IDH consolidó las vías de protección indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales mediante los artículos 21 (derecho a la propiedad) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, y con ello, las víctimas fueron restablecidas íntegramente en sus derechos, dado que se ordenó al Estado la restitución completa de los montos retenidos de las pensiones; pero por otro lado, el tribunal interamericano desaprovechó la ocasión para desarrollar el contenido normativo y los estándares de aplicación del artículo 26 del Pacto de San José; y al realizar una interpretación discutible del mismo, sobre todo con la creación judicial de una carga adicional para los peticionarios, dio un paso jurisprudencial peligroso en materia de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, la Corte IDH señaló que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales se debe medir en función de su creciente cobertura sobre el conjunto de la población y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente, con lo cual pareciera considerar que sólo podría analizar la noción de desarrollo progresivo cuando se trate de casos que involucren al conjunto de la población o a un sector que sea representativo de la situación general. Bajo este razonamiento, los peticionarios tendrían que asumir la carga argumentativa adicional de demostrar no sólo la existencia de un agravio que afectó particularmente a las víctimas, sino también la de demostrar que la transgresión tiene proyecciones colectivas, y que no se trata de un hecho aislado sino de una política pública con repercusiones globales relevantes. Esta carga probatoria adicional para las víctimas no está contemplada en la Convención Americana.

(19) Es preciso señalar que el requisito de la “representatividad” que crea la Corte IDH encubre los prejuicios filosóficos en torno a los derechos económicos, sociales y culturales que aún se mantienen vivos en el análisis de los jueces, y que hacen considerar a estos derechos cualitativamente diferentes de los derechos civiles y políticos, en el sentido de que estos últimos pertenecen al ámbito del individuo aislado, mientras que los primeros al ámbito de los grupos, de los colectivos, sobre todo de los pobres y los desaventajados. El tribunal interamericano concretó en la práctica esta visión al determinar que a los cinco pensionistas –no representativos de la situación general- se les había violado un derecho civil y político – el derecho de propiedad-, pero determinó que no tenían legitimidad para demandar el respeto de un derecho económico, social y cultural –el derecho a la seguridad social- en tanto no representaban al conjunto de la sociedad. Considerando que las denuncias de violación del derecho de propiedad y del derecho a la seguridad social eran sólo las dos caras de la misma moneda, el estándar ladeado de la Corte IDH carece de una base normativa que no tiene asidero en la Convención Americana y que debería ser objetado jurídicamente. Por lo tanto, bajo este parámetro debe rechazarse la posibilidad de que las víctimas tengan que aceptar la carga adicional de probar la “representatividad” de su caso cuando se alegue la violación del artículo 26 del Pacto de San José.

(20) No se puede negar que en su conjunto es alentadora y positiva la práctica y jurisprudencia del Sistema Interamericano que hemos examinado a lo largo de la segunda parte de esta tesis, en tanto que a partir del carácter instrumental de las garantías judiciales y del derecho a la protección judicial, de la amplitud de aplicación de las medidas reparatorias, así como de la cada vez más recurrente interpretación extensiva de derechos civiles y políticos como el derecho a la propiedad, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la libertad de asociación, entre otros, la CIDH y la Corte IDH han salvaguardado el

ejercicio de algunos derechos económicos, sociales y culturales, tales como, el derecho a la salud, el derecho a la educación, los derechos culturales, el derecho a la seguridad social, etc.; sin embargo, con la sentencia del caso “Cinco pensionistas” se dio un paso sobre terreno movedizo que necesita ser revertido radicalmente para evitar que los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos autónomos, sigan estando con un pie fuera de la jurisprudencia contenciosa de los órganos interamericanos, y limitados al terreno político del monitoreo de los logros progresivos sobre el conjunto de la población. En este sentido, es urgente vigilar sistemática y permanentemente el estado de la jurisprudencia del Sistema Interamericano y tratar de redirigir su senda al análisis de la protección autónoma de los derechos económicos, sociales y culturales. Al menos, los votos razonados de dos de los siete jueces permiten albergar cierto optimismo acerca de que en el futuro la CIDH y la Corte IDH asuman una posición más valiente en el sentido de liberar todas las potencialidades normativas e institucionales del Sistema Interamericano en cuanto a la promoción y protección de tales derechos; esto significaría pasar de la retórica de la realización de ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, viviendo en condiciones que le permitan gozar de sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, a los hechos.

(21) De lo analizado en esta tesis se puede constatar que el Sistema Interamericano ofrece la posibilidad de proteger a los derechos económicos, sociales y culturales desde dos enfoques. Un enfoque directo mediante el cual se alegan violaciones de normas internacionales que específicamente se refieren a los derechos económicos, sociales y culturales, como el artículo 26 de la Convención Americana y los artículos 8 y 13 del Protocolo de San Salvador; y un enfoque indirecto mediante el cual se alega la violación de un derecho económico, social o cultural en conexión con los derechos civiles y políticos. Ambos enfoques son necesarios en el litigio de casos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales, y la opción de uno u otro

estará condicionada a las circunstancias propias de cada caso, por lo que, en algunas ocasiones será preferible adoptar el enfoque indirecto, y en otras, el enfoque directo. Es evidente que en el Sistema Interamericano se ha avanzado de manera consistente en cuanto al enfoque indirecto, por ello, es necesario articular alegaciones sólidas que permitan abrir también el camino jurisprudencial al enfoque directo.

(22) Hay que reconocer que la presentación de casos sobre violaciones de derechos económicos, sociales y culturales es necesaria pero no suficiente para avanzar en el desarrollo de esta materia. Si bien el caso construye precedentes mediante el desarrollo de jurisprudencia, requiere además la movilización organizada de las fuerzas sociales y políticas, y la de una ciudadanía crítica y participativa que logre poner y mantener en el debate público la obligación estatal de lograr la plena realización de estos derechos como un asunto prioritario para la consolidación de la democracia y el Estado de derecho. En este sentido, es fundamental lograr la articulación del trabajo (a) de las víctimas y familiares; (b) de las instituciones de la sociedad civil comprometidas con los derechos económicos, sociales y culturales, y que ponen al servicio de las personas sus capacidades técnicas y profesionales en la materia; (c) de los funcionarios públicos que al interior del Estado realizan una labor esencial para tratar de enmarcar las actuaciones estatales dentro de sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales; (d) de las organizaciones populares y sociales que podrían ejercer una presión social importante para poner en el ámbito nacional, regional y local, debates sobre la materia; y (e) de los comunicadores sociales y medios de comunicación que promuevan con seriedad e imparcialidad el debate nacional sobre el papel imprescindible que juegan los derechos económicos, sociales y culturales en la consolidación del Estado de derecho y la democracia.

Capítulo IV

(23) Al observar la práctica de la CIDH y de la Corte IDH en materia de protección de los derechos económicos, sociales y culturales se puede constatar que ha habido un avance importante en la incorporación de tales derechos en la agenda jurisdiccional de estos dos órganos, y pese a las limitaciones y a algunos retrocesos puntuales, existen indicios de que en un futuro cercano habrá un desarrollo jurisprudencial relevante y un tratamiento sistemático que permitirán delimitar el alcance y contenido de los derechos económicos, sociales y culturales y de las obligaciones estatales derivadas de ellos. No obstante, hay que reconocer que todavía no se han aprovechado al máximo algunas herramientas importantes que servirían para conocer los progresos y obstáculos en la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales en el continente. En esta línea, hasta el momento no se ha llevado a la práctica lo establecido en el artículo 42 de la Convención Americana, que contiene la obligación de los Estados partes de remitir a la CIDH copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del CIES y del CIECC, con el fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA. Por ello, (40) Para subsanar lo anterior, en los últimos años la Asamblea General ha adoptado una serie de resoluciones encaminadas a dotar de efectividad a los artículos 42 de la Convención Americana y 19 del Protocolo de San Salvador; y fortalecer las bases normativas, teóricas e institucionales para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, la CIDH elaboró un documento preliminar sobre lineamientos para contar con indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales; y un estudio sobre los alcances de los derechos al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva, en casos que involucran la vulneración de tales derechos.

(24) La elaboración y publicación de este documento preliminar con lineamientos para la elaboración de indicadores de cara a la preparación de los informes estatales es un avance importante, dado que, además de proveer a los Estados, a las demás organizaciones del Sistema Interamericano, y a la sociedad civil, de una herramienta que sirva de mecanismo interno de evaluación permanente, también puede brindar la oportunidad de extender el imperio de la ley en términos de respeto de derechos humanos, a la esfera de la economía, que hasta el momento ha permanecido inmune a las demandas de democratización, de rendición de cuentas y de plena aplicación de las normas internacionales de derechos humanos. Por su parte, el estudio sobre el acceso a la justicia como garantía de estos derechos representa un esfuerzo trascendental de los órganos del Sistema Interamericano para avanzar en la implementación efectiva de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador. Dicho esfuerzo, junto con los lineamientos para la elaboración de indicadores y los tímidos pasos dados a nivel de casos en el marco de la competencia contenciosa de la CIDH y de la Corte IDH, hacen suponer que el tema de los derechos económicos, sociales y culturales irá adquiriendo mayor relevancia en nuestro sistema regional. No obstante, hay que tener claro que *tomar en serio* los derechos económicos, sociales y culturales implica un compromiso con la integración social, la solidaridad y la igualdad, incluida la cuestión de la distribución de la renta; por ello, el litigio de casos relacionados con estos derechos no debe verse como un fin en sí mismo, sino como un medio más para promover la justicia social en el continente americano; en otros términos, el litigio ante la CIDH y la Corte IDH debe constituirse en una herramienta subsidiaria que apoye los esfuerzos de incidencia política llevados a cabo por movimientos sociales y organizaciones de la sociedad civil en los ámbitos nacional y regional.

(25) Las herramientas que nos ofrece el marco normativo e institucional interamericano resultan esenciales para vigilar el cumplimiento de las obligaciones

estatales en materia de derechos humanos de cara a la entrada en vigor de los TLC, que tal como están estructurados, excluyen o ignoran la obligación genérica de los Estados americanos de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos humanos de todas las personas sujetas a sus jurisdicciones. La experiencia mexicana con el TLCAN nos advierte que el objetivo de la integración económica debe ser elevar el nivel de vida de la población pero evidentemente la liberalización del comercio por sí sola no es suficiente para lograr este objetivo. En consecuencia, el verdadero reto es aplicar la liberalización de forma que favorezca el desarrollo sostenible, en donde los estratos bajos y medios de la sociedad vean aumentados sus ingresos para poder vivir dignamente, que no es otra cosa que tener la libertad real de disfrutar el ejercicio de todos sus derechos humanos. Si bien los Estados tienen la libertad de otorgar concesiones para explotar sus recursos y abrirse a las inversiones internacionales, la ausencia de regulación, la regulación inapropiada o la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes, puede crear serios problemas al medio ambiente y a la salud que se traduzcan en violaciones de derechos humanos protegidos por la Convención Americana. Las normas del Sistema Interamericano no impiden ni desalientan el desarrollo, pero exigen que el mismo tenga lugar en condiciones de respeto y garantía de tales derechos, por lo que en caso de haberse cometido anomalías en la explotación de los recursos, tanto el Estado como las empresas concesionarias son responsables de las mismas y ambos tienen la obligación de corregirlas. El Estado, además, tienen la obligación de verificar que tales anomalías sean corregidas.

(26) La CIDH y la Corte IDH no se han pronunciado directamente sobre las posibles afectaciones a los derechos humanos con la implementación de los TLC. Sin embargo, la CIDH ha concedido dos audiencias sobre este tema durante sus períodos de sesiones (121° período ordinario y 125° período extraordinario), en las que se le solicitó preparar un informe en virtud del artículo 41 de la Convención Americana

sobre la afectación de los derechos humanos por los TLC, y proceder a activar la competencia consultiva de la Corte IDH al respecto. Aunque la CIDH todavía no ha respondido a lo anterior, se debe reconocer que el otorgamiento de estas audiencias sobre el tema, es una buena señal respecto de la creciente preocupación que le genera a este órgano interamericano los efectos de la vigencia de los TLC sobre los derechos humanos en el continente. Mientras se activan las competencias de ambos órganos para hacer frente a esta nueva realidad en la región, las organizaciones deben hacer uso de los precedentes legales y las directrices que tanto la CIDH como la Corte IDH han construido en relación con las obligaciones estatales relativas al debido proceso, la transparencia, el monitoreo de los programas de desarrollo, los estudios de impacto ambiental, y la consulta y la participación de las comunidades en los proyectos de desarrollo y la explotación de recursos. Estas herramientas representan un punto de partida para la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales frente a los TLC y pueden proporcionar insumos importantes para exigir que los actores no estatales también cumplan con la obligación de respetar los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador y en los demás instrumentos interamericanos en la materia.

(27) En el marco de la OEA se ha reconocido el derecho a la democracia de los pueblos americanos y la obligación de sus gobiernos de promoverla y defenderla. Pero no una democracia limitada a la vigencia de ciertos derechos políticos, sino que en virtud del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, y teniendo en cuenta la realidad de exclusión social y desigualdad de nuestro continente, una democracia que admite que la muerte por hambre, la falta de acceso a la educación básica o a los servicios de salud primarios de amplios porcentajes de la población, constituyen una afectación a su propia esencia. Por tanto, la visión hemisférica de la democracia incluye el ejercicio de los derechos políticos y la existencia de amplias libertades de expresión, asociación y reunión,

complementado con el desarrollo y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, sin cuya adecuada vigencia el ejercicio de los derechos políticos resulta severamente limitado y la permanencia misma del régimen democrático gravemente amenazada. Así las cosas, la democracia en el Sistema Interamericano se relaciona con la totalidad de los derechos humanos y su garantía requiere pensarlos en términos integradores en el sentido de que sean respetados por todos en sus relaciones con otros, y por el Estado, en tanto obligado a garantizar su respeto, su defensa contra posibles violaciones por parte de terceros, y su facilitación mediante la adopción de medidas para permitir que las personas gocen plenamente de los mismos, especialmente cuando no sean capaces de hacerlo por sí solas.

VI. ANEXOS

TABLA 1.*
Cuadro comparativo de los distintos proyectos de Convención Americana.

PROYECTO	DERECHOS CONTENIDOS	PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN
Consejo de Jurisconsultos	Primera Parte. Capítulo II. Arts. 20-33	Tercera Parte. Capítulo II. Arts. 58-64
	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho al trabajo. - Derecho de los pueblos a la libre determinación. - Derecho de fundar organizaciones y sindicatos. - Derecho a la seguridad social. - Derecho a la constitución y a la protección de la familia. - Derecho a la educación. - Derecho a la propiedad privada. - Derecho a tomar parte libremente en la vida cultural. 	<ul style="list-style-type: none"> - Informaciones o informes. - Solicitud de informaciones. - Observaciones y recomendaciones. - Estudios e investigaciones (incluso <i>in loco</i>). - Suministro de asistencia técnica. - Reuniones (incluso de carácter regional). - Acuerdos y convenciones para la cooperación en los campos económico, social y cultural. - Publicidad de las medidas adoptadas.
Chile	Segunda Parte. Capítulo II. Arts. 23-35.	Tercera Parte. Capítulo II.
	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho al trabajo. - Derecho de los pueblos a la libre determinación. - Derecho de sindicalización. - Derecho a la salud y a la seguridad social. - Derecho a la constitución y a la protección de la familia. - Derecho a la educación. - Derecho a la propiedad privada. - Derecho a tomar parte libremente en la vida cultural. - Derecho de los trabajadores a participar en la propiedad, la dirección y las utilidades de las empresas donde trabajan. - Derecho de toda persona a un nivel de vida digno y la protección contra el hambre. - Derecho a la salud física y mental. - Derechos reconocidos al trabajador migrante en materia de contratos, remuneraciones, sindicalización, libertad de movimiento, hospedaje, defensa judicial, transferencia de sus ganancias y seguridad social. 	<ul style="list-style-type: none"> - Procedimiento conciliatorio. - Procedimiento judicial.
Uruguay	Primera Parte. Capítulo II. Arts. 23-38.	Tercera Parte. Capítulo II. Arts. 63-69.
	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho a una alimentación, vestido, vivienda y nivel de vida adecuados. 	<ul style="list-style-type: none"> - Informaciones o informes.

* Fuente: Elaboración propia.

	<ul style="list-style-type: none">- Derecho al trabajo.- Derecho de los pueblos a la libre determinación.- Derecho de sindicalización.- Derecho a la salud y a la seguridad social.- Derecho a la constitución y a la protección de la familia y de la maternidad.- Derecho a la educación.- Derecho a la propiedad individual y colectiva.- Derecho a tomar parte libremente en la vida cultural y gozar de los beneficios del progreso científico.	<ul style="list-style-type: none">- Solicitud de informaciones.- Observaciones y recomendaciones.- Estudios e investigaciones (incluso <i>in loco</i>).- Suministro de asistencia técnica.- Reuniones (incluso de carácter regional).- Acuerdos y convenciones para la cooperación en los campos económico, social y cultural.- Publicidad de las medidas adoptadas.
--	---	--

TABLA 2.*
Cuadro comparativo entre el Protocolo de San Salvador y el PIDESC.

DERECHO	PROTOCOLO ADICIONAL	PIDESC
SIMILITUDES		
Art. 6 Derecho al trabajo	<p>1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.</p> <p>2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.</p>	<p>1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.</p> <p>2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.</p>
Artículo 7 Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo	<p>Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce de mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:</p> <p>a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;</p> <p>b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;</p> <p>c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo para lo</p>	<p>Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:</p> <p>a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:</p> <p>i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;</p> <p>ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;</p> <p>b) La seguridad y la higiene en el trabajo;</p> <p>c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de</p>

* Fuente: Elaboración propia.

	<p>cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;</p> <p>d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;</p> <p>e. la seguridad e higiene en el trabajo;</p> <p>f. la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;</p> <p>g. la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diaria como semanal. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos;</p> <p>h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.</p>	<p>servicio y capacidad;</p> <p>d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.</p>
<p>Artículo 8 Derechos Sindicales</p>	<p>1. Los Estados partes garantizarán:</p> <p>a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también</p>	<p>1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:</p> <p>a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;</p>

	<p>permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;</p> <p>b. el derecho a la huelga.</p> <p>2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.</p> <p>3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.</p>	<p>b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;</p> <p>c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;</p> <p>d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.</p> <p>2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.</p> <p>3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.</p>
<p>Artículo 13 Derecho a la educación</p>	<p>1. Toda persona tiene derecho a la educación.</p> <p>2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.</p> <p>3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:</p>	<p>1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.</p> <p>2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:</p> <p>a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;</p> <p>b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria</p>

	<p>a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;</p> <p>b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;</p> <p>c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;</p> <p>d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;</p> <p>e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.</p> <p>4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.</p> <p>5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.</p>	<p>técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;</p> <p>c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;</p> <p>d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;</p> <p>e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.</p> <p>3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.</p> <p>4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.</p>
<p>Artículo 14 Derecho a los beneficios de la cultura</p>	<p>1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:</p> <p>a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad;</p> <p>b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;</p>	<p>Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la</p>

	<p>c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.</p> <p>2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.</p> <p>3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.</p> <p>4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.</p>	<p>aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.</p>
MEJORAS		
<p>Artículo 9 Derecho a la Seguridad Social</p>	<p>1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa.</p> <p>En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.</p> <p>2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.</p>	<p>Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.</p>
<p>Artículo 10 Derecho a la salud</p>	<p>1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.</p>	<p>Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:</p> <p>1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad,</p>

	<p>comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:</p> <ul style="list-style-type: none">a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.	<p>la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.</p> <p>2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.</p> <p>3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.</p>
--	--	---

TABLA 3.*

Ejemplo de la forma en que se pueden triangular indicadores de tipo cuantitativo con señales de progreso cualitativas en materia de respeto a la igualdad y no discriminación.

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN		ESTRUCTURALES	PROCESOS	RESULTADOS
RECEPCIÓN DEL DERECHO	<p>Indicador</p> <ul style="list-style-type: none"> - Inclusión del principio de igualdad en la Constitución Política del Estado. Alcance. - Inclusión del principio de no discriminación en la Constitución Política. Alcance. - Inclusión del principio de igualdad real y/o de oportunidades en la Constitución. Alcance. - Inclusión del principio de igualdad política en la Constitución. Alcance - Inclusión del principio de igualdad en los derechos de la familia en la Constitución. Alcance. - Inclusión del principio de la igualdad en la nacionalidad y la ciudadanía. Alcance. - Inclusión del principio de igualdad en la educación. Alcance. - Ratificación del Estado de los siguientes Tratados internacionales (SI/NO). Consignar la fecha: <ul style="list-style-type: none"> a) CEDAW. Protocolo Facultativo b) PIDESC. Protocolo de San Salvador 	<ul style="list-style-type: none"> - Existencia y alcance de Planes Nacionales de Igualdad de oportunidades entre varones y mujeres en materia de DESC - Existencia y competencias de todas o algunas de las siguientes áreas gubernamentales específicas para la promoción de la igualdad en y no discriminación el país: <ul style="list-style-type: none"> a) oficinas para el adelanto de la mujer; b) oficinas contra la discriminación, c) defensorías de pueblo o similares d) oficinas para asuntos migratorios e) oficinas sobre asuntos indígenas - Implementación de acciones positivas para sectores poblacionales en situación de vulnerabilidad que contengan el ejercicio de derechos sociales. Alcance e indicadores de desempeño. - Existencia de políticas o programas de inserción o regularización del empleo para migrantes y para el acceso a otros derechos sociales. Alcance e indicadores de desempeño 	<ul style="list-style-type: none"> - Brechas de las tasas de actividad, empleo y desempleo por grupo de edad, etnia, nivel educativo e ingreso. - Brechas salariales que tengan en cuenta el nivel educativo, etnia, calificación ocupacional y categoría ocupacional. - Brechas por sector de ocupación (formal, informal). - Brecha de pobreza e indigencia. - Brechas en la cobertura de la seguridad social de asalariados. - Porcentaje de personas discapacitadas insertas en el mercado de empleo por sexo y nacionalidad. 	

* Fuente: CIDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA Documentos Oficiales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 5, 05 de octubre de 2007. Esta misma fuente también corresponde a las tablas 4-7.

		<p>c) Convención de los Derechos del Niño d) Convención Interamericana contra la corrupción e) Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo</p> <p>- Normas que contemplen el principio de igualdad y no discriminación en otros ámbitos y para otros sectores de la población. Alcance en relación con la ampliación o restricción de lo establecido en el PIDESC y en el Protocolo.</p>	<p>- Existencia de políticas o programas de inserción o regularización del empleo para trabajadores rurales y campesinos y para el acceso a otros derechos sociales. Alcance e indicadores de desempeño.</p> <p>- Existencia de acciones positivas para personas con discapacidad para su incorporación en el mundo del trabajo. Alcance e indicadores de desempeño.</p> <p>- Existencia de denuncias sobre discriminación en materia de DESC recibidas, investigadas y resueltas por la jurisdicción constitucional o su homóloga y por las instituciones pertinentes. Si se dispone de estadísticas consignarlas.</p> <p>Número de demandas de la población o de organizaciones de la sociedad civil en relación a las situaciones de discriminación por género u otro tipo de discriminaciones.</p> <p>Existencia y alcance de acciones desarrolladas por la sociedad civil para petitionar por normativa favorable a grupos desaventajados.</p>	
	<p>Señales de progreso</p>	<p>Tipo y formas de asignación de prioridades nacionales, tanto en términos de recursos, políticas, áreas destinadas para garantizar la igualdad y no discriminación en relación con la cobertura de derechos sociales.</p>	<p>Diagnósticos y evaluaciones de las medidas de acción positiva adoptadas por tipo de acción (cuota, mundo del trabajo, discapacitados). En caso que existan, consignar los principales resultados.</p> <p>Diagnósticos de las condiciones de vida y de inserción laboral y social de los migrantes. En caso que existan, consignar los principales resultados.</p> <p>Diagnósticos de las condiciones de vida y de inserción laboral y social de los indígenas y afrodescendientes. En caso que existan, consignar los principales resultados.</p> <p>Diagnósticos de las condiciones de vida y de inserción laboral y social de grupos desplazados por conflictos armados. En caso que existan, consignar los principales resultados.</p> <p>Diagnóstico del trabajo infantil</p>	

CONTEXTO FINANCIERO BÁSICO Y COMPROMI- SOS PRESUPUES- TARIO	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - Composición del presupuesto. Ítems y desagregaciones. - Existencia de presupuesto por género. Fecha de su incorporación e ítems incorporados. - Existencia de presupuestos desagregado de gasto social para pueblos indígenas y afrodescendientes. - Composición del Gasto total como porcentaje del ingreso. - Reconocimiento del trabajo doméstico no remunerado (trabajo reproductivo). Citar instrumentos legales y administrativos. - Previsión de recursos para solventar la regularización de los trabajadores migrantes. Cuantía y áreas de cobertura. 	<ul style="list-style-type: none"> - Ingreso per cápita mensual y anual, por sexo, nivel educativo y condición de actividad. - Participación del PIB agrícola en el PIB total. - Evolución del PIB agrícola y la producción de alimentos. - Porcentaje del Gasto Público Social (GPS) en relación con el PIB. - Gasto Público Social per cápita. Evolución. Por zonas geográficas del país. - Porcentaje de gasto total destinado a organismos específicos. - Composición del Gasto por hogares. 	<ul style="list-style-type: none"> - Relación de inequidad (Relación entre el decil más rico y el más pobre de la población) - Coeficiente de desigualdad de Gini por regiones según tipos de ingreso. - Brecha de ingresos. - Salario mínimo y PIB por habitante. - Porcentaje de la población adulta sin ingresos propios. - Brecha salarial entre varones y mujeres; entre migrantes y nacionales, entre indígenas y afrodescendientes. - Porcentaje de personas con acceso a servicios básicos
	Señales de progreso	<ul style="list-style-type: none"> - Existencia de prioridades en la asignación de recursos a los sectores en condiciones de pobreza, de vulnerabilidad y por zonas o regiones geográficas deprimidas. - Instrumentos y políticas que den cuenta de las anteriores prioridades. 		
CAPACIDA- DES ESTATALES	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - Existencia de organismos de control, seguimiento y evaluación de la implementación de DESC. Consignar por jurisdicción, competencias, cobertura y presupuesto. - Existencia de instancias de coordinación efectiva de políticas y servicios sociales entre niveles nacionales, provinciales y locales. Alcance, competencias y evaluaciones. - Existencia de un organismo específico de control anticorrupción. Competencias, alcance jurisdiccional, presupuesto. 	<ul style="list-style-type: none"> - Existencia de diagnósticos estatales sobre los principales problemas de cumplimiento de las obligaciones comprometidas en el Protocolo. - Cantidad de informes presentados por el país a los órganos de supervisión de los tratados que regulen temas de igualdad, discriminación y derechos sociales. - Cantidad de contrainformes presentados por la sociedad civil a los órganos de supervisión de los tratados que regulan temas de igualdad, discriminación y derechos sociales. 	

		<ul style="list-style-type: none"> - Facultades de los organismos anticorrupción para tomar denuncias, tramitarlas, resolverlas y/o derivarlas. - Existencia de medidas y acciones en las políticas sociales para erradicar el clientelismo. Alcance, jurisdicción, competencia y resultados. 	<ul style="list-style-type: none"> - Cantidad y formas de resolución de acciones e intervenciones de auditorías internas para la verificación de cumplimiento de derechos sociales. - Cantidad de denuncias recibidas y resueltas por corrupción en materia de acceso a programas y planes sociales. 	
	Señales de progreso		<ul style="list-style-type: none"> - Estudios de evaluación sobre la Implementación y tipo de acciones de combate al clientelismo político en materia de políticas sociales. 	

TABLA 4.

Ejemplo de la forma en que se pueden triangular indicadores de tipo cuantitativo con señales de progreso cualitativas en materia de acceso a la justicia.

I. Políticas de Acceso y remoción de obstáculos financieros y de otra índole		ESTRUCTURALES	PROCESOS	RESULTADOS
RECEPCIÓN DEL DERECHO	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - Reconocimiento del derecho de acceso a la justicia en el sistema legal del Estado. Alcance. - Exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales reconocidos en el Protocolo. Alcance. - Reconocimiento de los sistemas de justicia indígena. 	<ul style="list-style-type: none"> - Jurisprudencia relevante de tribunales superiores federales y estatales sobre exigibilidad de derechos sociales. - Jurisprudencia relevante de tribunales superiores federales y estatales sobre acceso a la justicia. - Políticas de capacitación de jueces y abogados. Cobertura temática y jurisdiccional, contenido, frecuencia y requisitos. 	
	Señales de progreso			
CONTEXTO FINANCIERO BÁSICO Y COMPROMISOS PRESUPUESTARIOS	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - Cálculos y estimaciones del costo de litigio de un caso sobre derechos sociales, considerando gastos y costas procesales. - Cálculos y estimaciones del costo de litigio de un caso laboral. - Cálculos y estimaciones del costo de litigio en procesos previsional; ambiental; de usuarios y consumidores, de reclamo de tierras. - Existencia de mecanismos para eximir costos de litigio. Requisitos para calificar para ese beneficio. 	<ul style="list-style-type: none"> - Evolución del presupuesto público destinado a servicios jurídicos y programas de gobierno para garantizar acceso a la justicia en derechos sociales. - Cantidad de personas que litigan con beneficios de no abonar gastos procesales, totales o parciales, en procedimientos sobre derechos sociales. - Porcentaje sobre el total de litigantes en fueros y tribunales sociales. 	
	Señales de progreso	<ul style="list-style-type: none"> - Cuadro comparativo de la evolución de los salarios promedio de los defensores oficiales con los fiscales y jueces. 		
CAPACIDADES ESTATALES	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - Servicios jurídicos gratuitos e integrales para la protección de derechos sociales organizados por el Estado. - Existencia y disponibilidad de servicios jurídicos gratuitos organizados por actores no estatales. Ej. Servicios pro bono. - Naturaleza de los servicios jurídicos existentes: <ul style="list-style-type: none"> • servicio público • política social del Estado 	<ul style="list-style-type: none"> - Cobertura territorial y población alcanzada de los programas y servicios de acceso a la justicia implementados. - Accesibilidad física y cobertura poblacional del sistema de patrocinio jurídico organizado por el Estado. - Accesibilidad física y cobertura poblacional de los servicios legales públicos. Inglés: <i>legal aid or legal</i> 	
	Señales de progreso			

		<ul style="list-style-type: none"> - Patrocinio por parte de servicios legales públicos de reclamos de derechos sociales. Alcance y resultados. In inglés: <i>Legal aid o legal service</i>. - Planes o políticas para remover obstáculos financieros, materiales o culturales que impiden el acceso a los tribunales. Alcance jurisdiccional y territorial. - Agencias estatales encargadas de producir información, diagnósticos y políticas de acceso a la justicia. - Oficinas públicas que presten servicios de mediación o conciliación para resolver cuestiones sobre derechos sociales en todo el territorio. - Estructura y competencias del sistema de administración de justicia para derechos sociales (Tribunales laborales, seguridad social; sobre reclamos de tierras rurales; ambientales; sobre usuarios y consumidores. - Existencia de tribunales agrarios y para conflictos de tierras indígenas. Definición de competencia jurisdiccional. - Incorporación por parte de los tribunales sociales de reglas procesales especiales. Señalar si contemplan algunos de estos principios: <ul style="list-style-type: none"> • impulso de oficio; • peritos oficiales; • gratuidad; • informalidad; • mediación y conciliación. 	<ul style="list-style-type: none"> - Cantidad de casos sobre derechos sociales tramitados por la Defensa Pública oficial desde la ratificación del Protocolo. Cantidad de personas patrocinadas. - Duración promedio de los casos tramitados por la defensoría oficial en relación con duración promedio del tipo de casos de que se trate (pensiones, desalojos, laborales). - Programas de capacitación para abogados de servicios jurídicos gratuitos y defensores oficiales sobre derechos sociales. Tipo, contenido duración y modalidades. - Cobertura de los servicios de traducción en lenguas indígenas y de minorías étnicas. - Cobertura territorial y accesibilidad física de las oficinas públicas de mediación competentes sobre derechos sociales. - Existencia de instancias de coordinación entre el Estado federal y las provincias en materia de políticas de acceso a la justicia. Alcance y competencias. 	
	<p>Señales de progreso</p>		<ul style="list-style-type: none"> - Existencia de estudios sobre eficacia y niveles de satisfacción con los servicios de asistencia jurídica, defensa pública y programas de acceso a la justicia. 	

II. Debido proceso en trámites administrativos		ESTRUCTURALES	PROCESOS	RESULTADOS
RECEPCION DEL DERECHO	Indicador	<p>- Reconocimiento por parte del sistema legal sobre la aplicación de estándares de debido proceso en los procedimientos administrativos.</p> <p>- Indique en relación a cada uno de los programas, planes y servicios sociales informados en el procedimiento del artículo 19 del Protocolo: i) Si los beneficios y prestaciones se determinan en base a criterios estables, objetivos y previamente difundidos; ii) Si los planes, programas y servicios sociales informados tienen un universo de beneficiarios o usuarios previamente definitivo; iii) Si las decisiones que conceden esos beneficios o servicios se encuentran fundamentadas; iv) Si los beneficiarios o usuarios pueden apelar o impugnar la denegatoria de los beneficios o prestaciones de servicios; v) Si cuentan con la posibilidad de ofrecer pruebas o efectuar alegatos sobre los hechos y argumentos legales; vi) Si la impugnación debe ser resuelta en un plazo razonable; vii) Si cuentan con la posibilidad de interponer alguna acción para la revisión de la decisión administrativa por una instancia judicial o otra instancia administrativa independiente.</p>	<p>- En relación con cada programa, plan y servicio social informado, se han implementado medidas para mejorar la rapidez y eficacia de los trámites administrativos. Alcance.</p> <p>- Medidas utilizadas para comunicar adecuadamente a los potenciales beneficiarios y usuarios de los servicios, los criterios para su adjudicación y los requisitos del trámite para su obtención.</p> <p>- Medidas para definir e informar los derechos de los beneficiarios y usuarios de los planes y servicios sociales informados por el Estado. Alcance y características.</p> <p>- Medidas para mejorar niveles de accesibilidad y cobertura de los programas, planes y servicios sociales implementados. Alcance y características.</p> <p>- Medidas afirmativas para asegurar el acceso a los planes y servicios para sectores vulnerables o desaventajados (Ejemplo incentivos para el sistemas de transporte público). Alcance, características y evaluación.</p>	
	Señales de progreso		- Existencia de encuestas de satisfacción o percepción de los beneficiarios y usuarios respecto de los programas, planes y servicios sociales informados.	
CONTEXTO FINANCIERO BÁSICO Y COMPROMISOS PRESUPUESTARIO	Indicador	<p>- Estimaciones del costo para los usuarios de los trámites administrativos para acceder a los beneficios y servicios informados. Consígnelo</p> <p>- Existencia de requisitos para el acceso a beneficios o servicios condicionados a un test de recursos o acreditación de pobreza.</p>		
	Señales de progreso			

CAPACIDAD A-DES ESTATALES	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - Existencia de entes públicos autónomos de protección de usuarios y consumidores respecto a servicios públicos, como agua, electricidad y transporte. Características, competencias jurisdiccionales y temáticas. - En caso afirmativo, estos entes están dotados de facultad para recibir denuncias de usuarios y aplicar sanciones a empresas prestadoras. Caracterización. - Existencia de entes públicos autónomos con competencia en materia de protección del medio ambiente. Características, competencias jurisdiccionales y temáticas. - En caso afirmativo, se encuentran facultados para recibir denuncias y disponer sanciones a las empresas. Alcances y límites. 	<ul style="list-style-type: none"> - Medidas de registro fiable de beneficiarios y usuarios. Características, alcance y cobertura. - Medidas o políticas implementadas para la integración o coordinación entre los diversos planes, programas y servicios sociales informados. Alcance, funcionamiento y resultados. - Políticas de articulación entre gobiernos federales, provinciales y locales en relación con los planes, programas y servicios sociales informados. Alcance y características de funcionamiento. - Número de procedimientos tramitados por entes de protección de usuarios y consumidores. - Número de sanciones aplicadas a empresas prestadoras. - Número de procedimientos tramitados por entes de protección del ambiente. Sanciones a empresas contaminadoras. 	
	Señales de progreso		<ul style="list-style-type: none"> - Diagnósticos del funcionamiento de los entes o políticas de articulación entre niveles de gobierno. Principales resultados. - Evaluaciones sobre estrategias de articulación entre servicios y programas sociales. Principales resultados. 	

III. Debido proceso en procedimientos judiciales		ESTRUCTURALES	PROCESOS	RESULTADOS
RECEPCIÓN DEL DERECHO	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - Aplicación de las siguientes garantías procesales a los procedimientos judiciales para la determinación de derechos sociales: <ul style="list-style-type: none"> i) Independencia e imparcialidad del tribunal. ii) Plazo razonable. iii) Igualdad de armas. iv) Cosa juzgada. v) A recurrir la sentencia ante un tribunal superior. 	<ul style="list-style-type: none"> - Duración promedio de los procedimientos judiciales sociales en base a los estándares del SIDH. - Información estadística sobre la evolución de los procedimientos laborales, de seguridad social, ambientales, de usuarios y consumidores, asuntos agrarios, asuntos relativos a tierras indígenas. - Duración promedio del proceso de ejecución de sentencias contra el Estado en materia laboral y seguridad social. 	
	Señales de progreso		<ul style="list-style-type: none"> - Encuestas de opinión sobre el funcionamiento del sistema de administración de justicia. - Existencia de estudios de percepción de independencia y eficacia del sistema de justicia. 	
CONTEXTO FINANCIERO BÁSICO Y COMPROMISOS PRESUPUESTARIOS	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - En el caso de existir tribunales especiales: Cantidad de recursos presupuestarios destinados al sostenimiento de los tribunales sociales, fuero laboral, de seguridad social, ambiental, de usuarios y consumidores. 		
	Señales de progreso			
CAPACIDADES ESTATALES	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - Existencia de un sistema de procedimiento laboral con reglas particulares. Características, alcance y límites. - Prerrogativas procesales o privilegios especiales del Estado en este tipo de procedimientos. Alcance y límites. - Existencia de un régimen especial o excepcional para ejecutar sentencias contra el Estado. Alcance y límites. 		
	Señales de progreso			

IV. Tutela judicial efectiva		ESTRUCTURALES	PROCESOS	RESULTADOS
RECEPCIÓN DEL DERECHO	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - Existencia en el sistema legal de acciones sencillas y rápidas para la protección de derechos sociales. Tipo y características. - Existencia en el sistema legal de acciones de protección cautelar o preventiva para evitar daños irreparables en derechos sociales. Tipo y características. - Existencia de requisitos de legitimación procesal o <i>standing</i> para interponer este tipo de acciones. - Legitimación para actuar en representación de grupos o colectivos afectados por la vulneración de un derecho social (Ejemplo en materia ambiental, usuarios y consumidores, otros derechos colectivos). Alcance y límites. - Legitimación de los sindicatos para accionar en representación de los trabajadores en conflictos individuales o colectivos. Alcance y límites. - Legitimación de los terceros para presentar alegatos como <i>amicus curiae</i> en este tipo de casos. Alcance y límites. - Existencia de acciones populares. Alcance y límites. - Existencia de procedimientos o acciones especiales de protección de interés público. Características, concepto de interés público (y si contempla derechos sociales) y límites. 	<ul style="list-style-type: none"> - Plazo promedio de duración de las acciones de tutela de derechos sociales. - Existencia de un plazo máximo de duración legal de este proceso. Consígnelo. - Plazo promedio de duración de las acciones o medidas de índole cautelar. - Existencia de un plazo máximo de duración legal de este proceso. Consígnelo. - Estadísticas judiciales disponibles sobre cantidad y eficacia de este tipo de acciones en el sistema de justicia nacional y estadual. 	
	Señales de progreso		- Existencia de estudios sobre eficacia de las acciones mencionadas. Principales resultados.	
CONTEXTO FINANCIERO BÁSICO Y COMPROBACIONES	Indicador	- Costo aproximado de las acciones de protección y cautelares estimando gastos y costas.	- Existencia de medidas o políticas públicas para reducir el costo del litigio de interés público en derechos sociales. Principales características y ámbito de aplicación.	
	Señales de progreso	- Cuadro comparativo del salario de los jueces de tribunales sociales (si existieran) con otros jueces de igual rango de otros fueros. Por sexo.		

CAPACIDADES ESTATALES	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - Existencia de agencias públicas, defensorías del pueblo, defensorías oficiales, ministerio público, etc. legitimadas para actuar en representación de intereses colectivos o grupos afectados por la violación de sus derechos sociales. Alcance y límites. - Tipo de remedios judiciales que pueden ser adoptados por los jueces o tribunales en acciones colectivas: <ul style="list-style-type: none"> i) sentencias declarativas, ii) de reenvío o iii) remedios de índole estructural - Existencia de procedimientos abiertos y audiencias públicas en los procedimientos judiciales sobre las acciones de protección mencionadas. Alcance y límites. 	<ul style="list-style-type: none"> - Políticas o medidas que favorezcan el litigio de interés público de derechos sociales. Características, alcance y principales resultados. - Medidas para favorecer la actuación de organizaciones no gubernamentales que desarrollan litigio de interés público de derechos sociales, como organizaciones ambientales, de usuarios, de derechos humanos, justicia y género, defensa de pueblos indígenas. Alcance y límites. - Programas de capacitación de jueces y operadores judiciales sobre derecho internacional de derechos humanos; sobre acciones judiciales colectivas, sobre litigio de interés público. Características, frecuencia, contenidos. 	
	Señales de progreso			

TABLA 5.

Ejemplo de la forma en que se pueden triangular indicadores de tipo cuantitativo con señales de progreso cualitativas en materia de acceso a información y participación.

Acceso a la Información		ESTRUCTURALES	PROCESOS	RESULTADOS
RECEPCIÓN DEL DERECHO	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - Existencia de una ley o disposiciones administrativas que fije el derecho de acceso a la información pública. Alcances y competencias jurisdiccional, territorial y temática. - Características del Sistema estadístico nacional y provinciales, regionales o locales. Cobertura jurisdiccional, territorial y temática. - Existencia de las siguientes fuentes de información estadística: <ul style="list-style-type: none"> a) Censo Nacional de Población y Vivienda b) Censo Nacional Agropecuario c) Censo Nacional Económico d) Encuestas Permanentes de Hogares e) Encuesta de Gasto en los Hogares f) Encuesta de migrantes y grupos étnicos g) Encuestas de violencia h) Encuestas de uso del tiempo i) Encuesta de condiciones de vida j) Módulos específicos sobre migrantes, afrodescendientes, indígenas en alguno o en todos los anteriores. j) Otros, cuáles -En todos los casos consignar cobertura muestral, periodicidad, disponibilidad, organismo 	<ul style="list-style-type: none"> - Tipo de información que provee el sistema estadístico del país desagregada por sexo, etnia, lengua, condición socioeconómica, jurisdicción (provincial, local) otras. -Regularidad en los Censos y encuestas. Consignar periodos de realización - Existencia de indicadores de género por tipo de fuentes de información y cobertura (poblacional, territorial, temática). - Existencia de fuentes de información y de datos de diferencias raciales y culturales. Cobertura, frecuencia, características. -Existencia de información consignada por división política y administra y/o por regiones. Alcance y límites. - Existencia de acciones intersectoriales e interinstitucionales de funcionamiento del sistema de información (para usuarios y para el Estado). Alcance y límites. 	

		responsable, jurisdicciones responsables.		
	Señales de progreso		<p>- Medios por los que el Estado comunica a la población avances, cambios y/o políticas sociales:</p> <p>a) campanas de difusión del gobierno b) campañas de difusión y acción de organismos de la sociedad civil, c) acciones comunales d) prensa escrita e) prensa radial o televisiva f) otros medios de comunicación</p>	
CONTEXTO FINANCIERO BÁSICO Y COMPROMISOS PRESUPUESTARIOS	Indicador	<p>- Presupuesto de los organismos de estadísticas y/o áreas estadísticas de cada Ministerio.</p> <p>- Presupuesto destinado a recolección y producción de información en otros ámbitos del Estado.</p>	<p>- Entidad u organismo (público, privado, mixto) a cargo de la recolección de los datos y procesamiento de la encuesta de hogares.</p> <p>-Idem para las otras fuentes de información consignadas ut-supra.</p>	
	Señales de progreso			
CAPACIDADES ESTATALES	Indicador	<p>- Existencia de mecanismos (formales o informales) de coordinación para la recolección de información estadística entre las distintas jurisdicciones. Alcances y límites.</p> <p>- Existencia de organismos de control de los institutos estadísticos. Alcance y límites.</p>	<p>- Número de acciones e intervenciones de auditorías internas para la verificación de cumplimiento de la producción de información estadística</p> <p>-Número de denuncias recibidas por falta de acceso o disponibilidad de información pública.</p>	
	Señales de progreso	<p>- Producción por parte del Estado, en alguna de sus dependencias, de estudios o investigaciones cualitativas. Características, alcance y límites.</p>	<p>- Capacitación del personal dedicado a la producción de estadísticas. Características, frecuencia, agentes y organismos comprendidos.</p>	

Acceso a la Participación		ESTRUCTURALES	PROCESOS	RESULTADOS
RECEPCIÓN DEL DERECHO	Indicador	<p>- Existencia de una ley o disposiciones administrativas que fije el derecho de participación en los asuntos públicos. Alcances y competencias jurisdiccional, territorial y temática.</p> <p>- Existencia de algunos de los siguientes mecanismos de participación social:</p> <p>i) elaboración participada de normas; ii) audiencias públicas. iii) consejos o órganos consultivos de políticas o servicios sociales. iv)consejos económicos y sociales. v) consejos de usuarios y consumidores.</p> <p>- Existencia de medidas legislativas o de otra índole que favorecen la organización de los usuarios y beneficiarios de servicios y políticas sociales.</p> <p>-Existencia de medidas legislativas o de otra índole que favorecen la formación de organizaciones no gubernamentales en el campo</p>	<p>- Respecto de las políticas, programas o servicios informados indique si se implementaron procesos de consulta y participación social. Alcance de esos procesos.</p> <p>-existencia de jurisprudencia relevante que reconozca los derechos de participación y consulta de pueblos indígenas.</p> <p>-existencia de jurisprudencia relevante sobre derecho de participación y consulta en materia ambiental y de usuarios y consumidores.</p>	

		<p>del desarrollo y las políticas y servicios sociales.</p> <p>-Reconocimiento en el sistema legal del derecho a la consulta de los pueblos indígenas.</p> <p>- Incorporación al ámbito interno del Convenio 169 de la OIT. Su operatividad.</p>		
	Señales de progreso		-evaluaciones sobre nivel de participación social en las políticas y servicios sociales informados.	
CONTEXTO FINANCIERO BÁSICO Y COMPROMISOS PRESUPUESTARIOS	Indicador	<p>-Existe un proceso de elaboración participativa del presupuesto directa o indirectamente destinado al área social.</p> <p>-Existen mecanismos para que las ongs y ciudadanos puedan participar del proceso de elaboración, aprobación e implementación del presupuesto destinado al área social.</p>		
	Señales de progreso			
CAPACIDADES ESTATALES	Indicador	- Existencia de agencias públicas que promuevan políticas de participación ciudadana en especial en las políticas y servicios sociales.	Alcance y cobertura de los programas y estrategias de promoción de la participación ciudadana.	
	Señales de progreso	-		

TABLA 6.

Ejemplo de la forma en que se pueden triangular indicadores de tipo cuantitativo con señales de progreso cualitativas en materia de seguridad social.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL		ESTRUCTURALES	PROCESOS	RESULTADOS
RECEPCIÓN DEL DERECHO	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - Fecha de ratificación por parte del Estado de los siguientes Tratados internacionales que reconocen el derecho a la seguridad social: <ul style="list-style-type: none"> a) PIDESC. Protocolo de San Salvador b) CEDAW. Protocolo Facultativo c) Convenios OIT (35, 36, 38, 39, 40, 48, 67, 70, 71, 102, 118, 128, 131, 156, 157, 167, 165, 168, 183 entre otros) - Reconocimiento en la Constitución Política del Estado del derecho a la seguridad social. Alcance y cobertura. - Legislación específica que contempla el derecho a la seguridad social: <ul style="list-style-type: none"> a) Código de seguridad social, b) Capítulos o títulos especiales en el Código de Trabajo; c) Conjunto de leyes y normativas dispersas, d) Normas de negociación colectiva e) Otras normas, Cuáles? 	<ul style="list-style-type: none"> - Forma de organización del sistema de seguridad social por tipo de cobertura: para asalariados y grupo familiar, para los no asalariados y otras situaciones, para desempleados, por sexo, por jurisdicción y condiciones de acceso. - Condiciones y requisitos para el acceso y cobertura a la seguridad social a grupos no formalizados en el mercado de trabajo. Alcance y condiciones. - Evolución de la cobertura de contingencias por tipo y grado de cobertura, población cubierta, condiciones de acceso al derecho. - Programas de cobertura de prestaciones sociales para trabajadores informales. Cobertura, tipo de prestaciones y jurisdicciones comprometidas. - Cobertura específica de contingencias para adultos mayores sin ingresos o sin aportes suficientes. Características, alcance, requisitos de acceso, montos. -Número de informes y acciones específicas que el Estado ha presentado a los órganos de supervisión internacional en relación con el derecho a la seguridad social - Número de contrainformes presentados por la sociedad civil a los a los órganos de supervisión de los tratados en materia de seguridad social. 	<ul style="list-style-type: none"> - Brechas en la jubilación (pensión) por grupo de edad -Brechas de aportantes efectivos por sexo y edad

	Señales de progreso	<ul style="list-style-type: none">- Número de organizaciones de la sociedad civil registradas que participan en la promoción y la protección del derecho a la seguridad social.- Reconocimiento de sistemas de salud indígena.	<ul style="list-style-type: none">- Estimaciones sobre la población no cubierta en materia de seguridad social, por edad, condición de actividad, etnia.- Existencia de evaluaciones de la satisfacción de los usuarios y de las usuarias sobre la cantidad y calidad de la cobertura vigente en materia de seguridad social.	
--	----------------------------	---	--	--

TABLA 7.

Ejemplo de la forma en que se pueden triangular indicadores de tipo cuantitativo con señales de progreso cualitativas en materia de salud.

DERECHO A LA SALUD		ESTRUCTURALES	PROCESOS	RESULTADOS
RECEPCIÓN DEL DERECHO	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - Ratificación del Estado de los siguientes Tratados internacionales que reconocen el derecho a la salud. Consignar fecha: <ul style="list-style-type: none"> a) PIDESC. Protocolo de San Salvador b) CEDAW. Protocolo Facultativo c) CDN d) CIEDR - Reconocimiento en la Constitución Política del Estado del derecho a la salud. Alcance. -Para los Estados Federales: reconocimiento y garantías del derecho a la salud en las constituciones provinciales. - Formas y normativa de organización del sistema de salud (público, privado, seguros de salud). Describa y especifique. 	<ul style="list-style-type: none"> - Número de informes y acciones específicas que el Estado ha presentado a los órganos de supervisión internacional en relación con el derecho a la salud. - Número de contrainformes presentados por la sociedad civil a los órganos de supervisión de los tratados. - Existencia de programas que otorgan prioridad a sectores vulnerables para servicios de salud. Alcance, cobertura poblacional y territorial, financiamiento. - Porcentaje estimado de nacimientos, defunciones y matrimonios inscritos mediante un sistema de registro civil. 	<ul style="list-style-type: none"> - Tasa de natalidad por sexo -Esperanza de vida por zonas geográficas de un país - Esperanza de vida por quintiles de ingreso -Tasa de mortalidad por sexo y por grupo de edad - Tasa de mortalidad por sexo debido a accidentes, homicidios o suicidios - Porcentaje de la población con acceso a agua potable. - Porcentaje de personas con acceso a servicios de saneamiento básico
	Señales de progreso	<ul style="list-style-type: none"> - El sistema de salud responde a criterios de universalidad o de focalización. Justifique. Existencia de instancias o acuerdos a nivel de país en relación a la organización y funcionamiento del sistema de salud. Describir - Número de organizaciones de la sociedad civil registradas que participan en la promoción y la protección del derecho a la salud. Alcance y cobertura territorial y poblacional. 	<ul style="list-style-type: none"> - Existencia de estudios de satisfacción de los usuarios y de las usuarias sobre la cantidad y calidad de los servicios de salud. Principales resultados 	
CAPACIDADES	Indicador	<ul style="list-style-type: none"> - Existencia de documentos oficiales que reconozcan el concepto básico de atención 	<ul style="list-style-type: none"> - Los servicios de salud se encuentran funcionando con cobertura universal o solo subsidian la 	<ul style="list-style-type: none"> - Cobertura de los programas de atención primaria en salud

ESTATALES		<p>primaria de salud integral y universal. Consignarlos.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Existencia de una política nacional sobre medicamentos, incluidos los medicamentos genéricos. Alcance, cobertura poblacional y territorial, mecanismos de funcionamiento. - Cantidad de Médicos/as por habitantes 	<p>demanda. Justifique</p> <ul style="list-style-type: none"> - Porcentaje de la población con acceso estable a medicamentos esenciales y/o genéricos - Existencia de disparidades público-privadas significativas en el gasto y cobertura en salud. Justifique - Porcentaje de servicios de salud públicos subcontratados a compañías privadas o a ONG's?. 	<ul style="list-style-type: none"> - Cobertura de programa de asistencia a adultos mayores. - Tasa de utilización de los servicios - Número de afiliados a planes de seguro de salud en calidad de cotizantes o beneficiarios. - Proporción de médicos para la población en áreas
	Señales de progreso	<ul style="list-style-type: none"> - Cantidad de enfermeras/os por habitante. - Gestión de asistencia técnica y financiera internacional en el área de salud. Mencione montos, finalidades y organismos solicitantes. - Existencia de estudios de percepción acerca de la accesibilidad al sistema de salud. 	<ul style="list-style-type: none"> - Densidad del personal profesional y auxiliar por cantidad de camas de hospital - Desde el Estado, se han diseñado mecanismos institucionales que promueven la participación de la población en la toma de decisiones en el sector público de salud. Describir - Se garantiza a toda la población el acceso adecuado a la atención de salud en condiciones adecuadas de oportunidad, calidad y dignidad independientemente de su capacidad de pago. Justificar 	<p>rurales comparadas con las urbanas.</p>
CONTEXTO FINANCIERO BÁSICO Y COMPROMISOS PRESUPUESTARIOS	Indicadores	<ul style="list-style-type: none"> - El sector salud se financia: <ul style="list-style-type: none"> • únicamente con recursos presupuestarios. Consigne porcentaje del Gasto Público Social destinado a salud • Con recursos extrapresupuestarios. Fuente de financiamiento, montos, periodos. - Existen incentivos, deducción de impuestos (incentivos fiscales) y subsidios para el sector privado de la salud. Monto, alcance y requisitos de acceso- - Existencia de incentivos estatales a la industria farmacéutica privada. Cantidad, monto, requisitos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Gasto Público per cápita en atención a la salud - Distribución del Gasto Público Social en salud por zonas geográficas en un país /urbano/rural y por regiones o provincias - Porcentaje de recursos destinados a la capacitación de recursos humanos en salud 	<ul style="list-style-type: none"> - Cantidad de partos atendidos por profesionales - Porcentaje de mujeres en edad reproductiva con anemia - Porcentaje promedio de ingresos del hogar gastados en salud
IGUALDAD	Indicadores	<ul style="list-style-type: none"> - regulación del aborto. Casos, alcance, 	<ul style="list-style-type: none"> - estimaciones de abortos inducidos, por edad, lugar 	<ul style="list-style-type: none"> - Porcentaje de discapacitados físicos o mentales

		<p>prohibiciones.</p> <p>- Existencia de una ley o política nacional para los discapacitados físicos y mentales. Alcance y cobertura.</p>	<p>de residencia (urbano o rural) y condiciones socioeconómicas de la mujer embarazada.</p> <p>- Porcentaje de la población que utiliza sistemas indígenas o alternativos de atención de la salud.</p>	<p>que tienen acceso a servicios de instituciones públicas o sociales</p> <p>- Tasa de mortalidad perinatal</p> <p>- Tasa de mortalidad materna</p> <p>- Porcentaje de niños menores de 5 años con un peso inferior al normal</p>
		<p>mental por distribución territorial.</p> <p>- Reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Consignar los instrumentos jurídico-normativo y su alcance.</p> <p>- Existencia y disponibilidad de servicios de salud</p>	<p>- Existencia e implementación de programas de salud sexual y reproductiva. Alcances y cobertura.</p> <p>- atención de parto por personal calificado</p> <p>- Porcentaje de niños y niñas cubiertos por programas nutricionales.</p> <p>- porcentaje de mujeres embarazadas con test de HIV/SIDA.</p>	<p>- porcentaje de niños nacidos de madres HIV positivas que contrajeron el virus HIV/SIDA en los dos primeros años de vida. (casos notificados de SIDA por transmisión vertical)</p> <p>- porcentaje de mujeres embarazadas que reciben asistencia en salud prenatal.</p> <p>- Indicadores de lactancia materna exclusiva hasta el cuarto mes y hasta el sexto mes.</p> <p>- porcentaje de niños nacidos con peso inferior a 2.5 Kg.</p> <p>- Tasa de atención por violencia intrafamiliar</p>
	Señales de progreso	<p>- Existencia de encuestas de percepción de la población acerca de la relación entre fecundidad, mortalidad infantil y mortalidad materna. Principales resultados</p>	<p>- Existencia de estudios de percepción de la población en relación con enfermedades de transmisión sexual (HIV-SIDA, entre otras). Principales resultados.</p> <p>- Existencia de estudios y estimaciones sobre casos de abortos ilegales, desagregados por edad, lugar de residencia (urbano o rural) y condiciones socioeconómicas de la mujer embarazada u otros datos disponibles.</p>	

<p>ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA Y PARTICIPACIÓN</p>	<p>Indicador</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Existencia de un sistema estadístico en materia de salud. Cobertura territorial y temática, jurisdiccional y poblacional. - Existencia de encuestas que midan los factores de riesgo. Alcance y límites. - Protección por parte de la legislación del estado la confidencialidad de la información personal de salud. Alcance y límites. - Requiere la legislación el consentimiento de la persona para aceptar o rechazar un tratamiento. 	<ul style="list-style-type: none"> - Porcentaje de niños/as y jóvenes que reciben educación sobre cuestiones de salud - Porcentaje de efectores de salud con protocolos de confidencialidad de la información sobre su salud - Difusión por parte del estado de información sobre políticas de salud sexual y reproductiva. Alcance y cobertura. - Asesoramiento a mujeres embarazadas sobre formas de transmisión madre-hijo de HIV/SIDA. 	<ul style="list-style-type: none"> - porcentaje de niños nacidos con malformaciones fetales por consumo de alcohol y otro tipo de drogas.
	<p>Señales de progreso</p>	<p>Descripción</p> <ul style="list-style-type: none"> - Existencia de estudios que indaguen acerca de la necesidad de cuidado de la salud. Descripción y principales resultados. -Existen campañas de difusión al respecto. Alcances. 	<ul style="list-style-type: none"> -Disponibilidad de información y programas de difusión sobre los efectos del consumo de alcohol, tabaco y otras drogas. -Existencia de servicios de traducción en los efectores de salud a otros idiomas hablados en el país. Alcance y cobertura territorial y étnica. <p>De los siguientes medios seleccione aquellos que difunden información a las personas de sus derechos en relación con la atención a la salud:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) campanas de difusión del gobierno b) campañas de difusión y acción de organismos de la sociedad civil, c) acciones comunales d) prensa escrita e) prensa radial o televisiva f) otros medios de comunicación g) cartas personalizadas d) otros 	<p>-</p>

ACCESO A LA JUSTICIA	Indicadores	<p>-Existencia de instancias pre-judiciales para radicar denuncias en materia de incumplimiento de obligaciones vinculadas al derecho a la salud. Jurisdicción, alcance y competencias.</p> <p>-Competencias de los Ministerios Sectoriales para recibir denuncias o quejas de los usuarios del sistema de salud. Alcance y facultades.</p>	<p>-Número de decisiones judiciales que ha hecho lugar a garantías en salud en general y en casos específicos (salud sexual y reproductiva, personas con HIV-SIDA; entre otras).</p> <p>Número de denuncias relativas al derecho a la salud recibidas, investigadas y resueltas por las instituciones nacionales de derechos humanos competentes en el país.</p>	
	Señales de progreso			

TABLA 8.*

Estado de firmas y ratificaciones a la Convención Americana.

PAISES SIGNATARIOS	FIRMA	RATIFICACION/ADHESION	DEPOSITO
Antigua y Barbuda	-	-	-
Argentina	02/02/84	08/14/84	09/05/84 RA
Bahamas	-	-	-
Barbados	06/20/78	11/05/81	11/27/82 RA
Belize	-	-	-
Bolivia	-	06/20/79	07/19/79 AD
Brasil	-	07/09/92	09/25/92 AD
Canada	-	-	-
Chile	11/22/69	08/10/90	08/21/90 RA
Colombia	11/22/69	05/28/73	07/31/73 RA
Costa Rica	11/22/69	03/02/70	04/08/70 RA
Dominica	-	06/03/93	06/11/93 RA
Ecuador	11/22/69	12/08/77	12/28/77 RA
El Salvador	11/22/69	06/20/78	06/23/78 RA
Estados Unidos	06/01/77	-	-
Grenada	07/14/78	07/14/78	07/18/78 RA
Guatemala	11/22/69	04/27/78	05/25/78 RA
Guyana	-	-	-
Haití	-	09/14/77	09/27/77 AD
Honduras	11/22/69	09/05/77	09/08/77 RA
Jamaica	09/16/77	07/19/78	08/07/78 RA
México	-	03/02/81	03/24/81 AD
Nicaragua	11/22/69	09/25/79	09/25/79 RA
Panamá	11/22/69	05/08/78	06/22/78 RA
Paraguay	11/22/69	08/18/89	08/24/89 RA
Perú	07/27/77	07/12/78	07/28/78 RA
República Dominicana	09/07/77	01/21/78	04/19/78 RA
San Kitts y Nevis	-	-	-
Santa Lucia	-	-	-
St. Vicente & Grenadines	-	-	-
Suriname	-	11/12/87	11/12/87 AD
Trinidad & Tobago	-	04/03/91	05/28/91 AD
Uruguay	11/22/69	03/26/85	04/19/85 RA
Venezuela	11/22/69	06/23/77	08/09/77 RA

* Fuente: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>. Esta misma fuente corresponde a la tabla 9.

TABLA 9.

Estado de firmas y ratificaciones al Protocolo de San Salvador.

PAISES SIGNATARIOS	FIRMA	REF RA/AC/AD REF	DEPOSITO
Antigua y Barbuda	//	//	//
Argentina	11/17/88	06/30/03	10/23/03 RA
Bahamas	//	//	//
Barbados	//	//	//
Belice	//	//	//
Bolivia	11/17/88	07/12/06	10/05/06 RA
Brasil	//	08/08/96	08/21/96 AD
Canadá	//	//	//
Chile	06/05/01	//	//
Colombia	//	10/22/97	12/23/97 AD
Costa Rica	11/17/88	09/29/99	11/16/99 RA
Dominica	//	//	//
Ecuador	11/17/88	02/10/93	03/25/93 RA
El Salvador	11/17/88	05/04/95	06/06/95 RA
Estados Unidos	//	//	//
Grenada	//	//	//
Guatemala	11/17/88	05/30/00	10/05/00 RA
Guyana	//	//	//
Haití	11/17/88	//	//
Honduras	//	//	//
Jamaica	//	//	//
México ¹	11/17/88	03/08/96	04/16/96 RA
Nicaragua	11/17/88	//	//
Panamá	11/17/88	10/28/92	02/18/93 RA
Paraguay	08/26/96	05/28/97	06/03/97 RA
Perú	11/17/88	05/17/95	06/04/95 RA
República Dominicana	11/17/88	//	//
San Kitts y Nevis	//	//	//
Santa Lucía	//	//	//
San Vicente y las Granadinas	//	//	//
Suriname	//	02/28/90	07/10/90 AD
Trinidad y Tobago	//	//	//
Uruguay	11/17/88	11/21/95	04/02/96 RA
Venezuela	01/27/89	//	//

VII. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS: MONOGRAFÍAS Y VOLÚMENES COLECTIVOS

AA. VV., *La garantía internacional de los derechos sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990.

AA. VV., *Las cuentas de la dignidad: Una guía para utilizar el análisis de presupuesto en la promoción de los derechos humanos*, trad. de Mayra Vaca-Baqueiro, Fundar Centro de Análisis e Investigación International Budget Project (IBP)/International Human Rights Internship Program (IHRIP), México, septiembre de 2005.

AA. VV., *Litigating economic, social and cultural rights: Achievement, challenges and strategies*, prepared by Malcolm Langford, Centre on Housing and Evictions, Geneva, 2003.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “La interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: El caso de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en en CANTÓN, Octavio y CORCUERA, Santiago (Coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, Porrúa, México, 2004.

ABRAMOVICH, Víctor y ROSSI, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en MARTIN, Claudia, RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y GUEVARA B., José A. (Comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana/American University/Fontamara, México, 2004.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo de Luigi Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2ª ed. 2004.

—: *Los derechos sociales en el debate democrático*, Bomarzo, Madrid, 1ª ed. abril de 2006.

ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, trad. de Alfonso García Figueroa, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2ª edición 2005.

—: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. al cast. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

—: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, presentación y trad. de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2003.

ALSTON, Philip and CRAWFORD, James, *The future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, 2000.

ALSTON, Philip, "International law and human right to food", in ALSTON, Philip and TOMAŠEVSKI, Katrina (Eds.), *The right to food*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1984.

—: (Ed.), *Labor Rights as Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2005.

AMAT, Patricia, FRIED, Mark, et al, *Comercio con justicia para las Américas. Agricultura, inversiones y propiedad intelectual, tres razones para decir no al ALCA*, Oxfam Internacional, enero de 2003.

Amnistía Internacional, *Derechos humanos para la dignidad. Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, 2005.

—: *Informe de Política exterior y derechos humanos del Gobierno español 2004-2005. ¿Una política de gestos?*, Amnistía Internacional España, Madrid, 2005.

ANGULO SÁNCHEZ, Nicolás, *El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado. Conceptos, contenido, objetivos y sujetos*, IEPALA Editorial, Madrid, 2005.

AÑÓN ROIG, María José, GARCÍA AÑÓN, José (Coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed. 2004.

ARANGO, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

—: *El concepto de derechos sociales fundamentales*, prólogo de Robert Alexy, Legis, Bogotá, Colombia, 1ª ed. 2005.

ARROYO PICARD, Alberto, *Resultados del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en México: Lecciones para la negociación del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas*, Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio/Oxfam Internacional, México, diciembre de 2001.

ASBJØRN, Eide and ROSAS, Allan, "Economic, social and cultural rights: A universal challenge", in ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina and ROSAS, Allan (Eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook*, 2nd revised ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 2001.

ASÍS ROIG, Rafael de, "Democracia, constitución y derechos" en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio, REAL ALCALÁ, J. Alberto y RUIZ R., Ramón (Eds.), *La democracia a debate*, Dykinson, Madrid, 2002.

AYALA CORAO, Carlos y NIKKEN BELLISHAW-HÓGG, Pedro, *Defensa colectiva de la democracia: Definiciones y mecanismos*, Comisión Andina de Juristas/The Carter Center, Lima, Perú, enero de 2006.

BARCELONA, Prieto, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Trotta, Madrid, 1992.

BARTOLOMÉ RUÍZ, Castor M. M., *El Movimiento de los Sin Tierra en Brasil. Propiedad o alteridad, dilema de los derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

BEJARANO, Fernando, "El depósito de residuos tóxicos de Metalclad, en Guadalcázar, San Luis Potosí," en SALAZAR, Hilda y CARLSEN, Laura (Eds.), *Respuestas sociales ante la integración: Impactos socioambientales del TLCAN*, Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio, México, 2001.

BELTRÁN, Esteban, *Derechos torcidos. Tópicos, medias verdades y mentiras sobre pobreza, política y derechos humanos*, Debate, Barcelona, febrero de 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, prólogo de José Luis Cascajo Castro, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 3ª edición 2007.

BOBBIO, Norberto, *Derecha e Izquierda. Razones y significados de una distinción política*, nueva ed. rev. y amp., con una respuesta a los críticos, Taurus, Madrid, 1995.

—: *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991.

—: *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán, FCE, México, 1989.

—: "Sobre los derechos sociales", en *Íd., Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "La democracia como principio constitucional", en *Íd., Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, prólogo y trad. de Rafael Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000.

—: “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en *Íd., Escritos sobre derechos fundamentales*, prólogo de Francisco J. Batisda, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993.

—: “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en *Íd., Escritos sobre derechos fundamentales*, prólogo de Francisco J. Batisda, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993.

—: “Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho”, en *Íd., Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, prólogo y trad. de Rafael Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000.

BOLÍVAR, Ligia “Derechos económicos sociales y culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”, en AA. VV., *Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo V*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1ª ed. 1996.

BOVERO, Michelangelo, “Derechos, deberes, garantías”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005.

BRONSON, Diana y LAMACHE, Lucie, *Informe especial: Derechos humanos y comercio en las Américas*, Federación Internacional de Derechos Humanos/Comité Internacional de ONG sobre Derechos Humanos en el Comercio y la Inversión/Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Caracas, Venezuela, marzo de 2001.

BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert E., y SHELTON, Dina, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1990.

BUERGENTHAL, Thomas, GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990.

CALVO CARAVACA, Alfonso L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *El arbitraje comercial internacional*, Tecnos, Madrid, 1989.

CANÇADO TRINDADE, Antonio, A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, prólogo de Máximo Pacheco Gómez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, abril de 2001.

—: “El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional”, en CANÇADO TRINDADE, Antonio y VENTURA RODRÍGUEZ, Manuel, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ACNUR, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2003.

—: “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en el final del siglo”, en RAMA-MONTALDO, Manuel (Ed.), *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1ª ed. noviembre de 1994.

CAPELLA, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 1999..

—: *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*, Trotta, Madrid, 1997.

CARAZO, Rodrigo Alberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales”, en AA. VV., *Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999.

CARBONELL, Miguel, “Breves reflexiones sobre los derechos sociales”, en GUTIÉRREZ, Juan Carlos (Coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales (Memorias del seminario internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales)*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México - Comisión Europea, SRE, México, 1ª ed. diciembre de 2005.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derecho Humanos, cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2ª ed. 2001.

CASADO RAIGÓN, Rafael y VÁSQUEZ GÓMEZ, Eva Mª, “La impronta del *ius cogens* en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” en RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro y PÉREZ VERA, Elisa (Coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Tomo I*, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, Sevilla, 2005.

CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

CASSESE, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. de Atilio Pentimalli y Blanca Ribera de Madariaga, Ariel, Barcelona, 1ª ed. febrero 1991.

CASTRO CID, Benito de, "Los derechos sociales", en SORIANO DÍAZ, Ramón, et al (Coords.), *Diccionario crítico de los derechos humanos I*, Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida, 1ª ed. 2000.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *La protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano. Guía para defensores y defensoras de derechos humanos*, CEJIL/Fundación Sueca para Derechos Humanos, Buenos Aires, Argentina, 2007.

CERDAS, Rodolfo, "Democracia y derechos humanos", en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAIZA, Rafael (Comps.), *Estudios básicos de derechos humanos. Tomo I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1994.

CERNA, Christina, "The Inter-American Commission on Human Rights: its organization and examination of petitions and communications", in HARRIS, David and LIVINGSTONE, Stephen (Eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

CHAPMAN, Audrey and RUSSELL, Sage (Eds.), *Core obligations: Building a framework for economic, social and cultural Rights*, Intersentia, Antwerp – Oxford – New York, 2002.

COHRE, AAAS, SDC and UN-HABITAT, *Manual on the Right to Water and Sanitation*, Centre on Housing Rights and Evictions, Geneva, 2007.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994.

COOMANS, Fons (Eds.), *Justiciability of economic and social rights. Experiences from domestic systems*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006.

COURTIS, Christian, *Derechos sociales ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007.

—: "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en COURTIS, Christian (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

—: “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en COURTIS, Cristian, HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela (Comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005.

—: “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007.

—: (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

CRAVEN, Matthew, “Assessment of the Progress on Adjudication of Economic, Social and Cultural Rights”, in SQUIRES, John, LANGFOR, Malcom, y BRET, Thiele (Eds.), *The road to a remedy. Current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Australian Human Rights Centre/The University of New South Wales/Centre on Housing Rights and Evictions, Australia, 2005.

—: *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its development*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

—: “The protection of Economic, Social and Cultural Rights under the Inter-American System of Human Rights”, in HARRIS, David and LIVINGSTONE, Stephen (Eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, Fontamara, México, 2004.

—: *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

—: “Derechos sociales: Clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual”, en CANTÓN, Octavio y CORCUERA, Santiago (Coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, Porrúa, México, 2004.

DAHL, Robert A., *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson, Paidós, Barcelona, 1992.

DAHL, Robert A., *La democracia económica. Una aproximación*, trad. de Mireia Bofia, Hacer, Barcelona, 2002.

DAVIDSON, Scott, "Introduction", CONTE, Alex, DAVIDSON, Scott and BURCHILL, Richard, *Defining civil and political rights. The jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Ashgate, Aldershot, Hants, 2004.

DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus Ediciones (1966), Madrid, 8ª ed. (rev.), octubre de 1981.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 15ª ed., 2005.

DILLON, John y DAWKINS, Kristin, "Análisis del Borrador del Área de Libre Comercio de las Américas sobre derechos de propiedad intelectual", en AA. VV., *El ALCA al desnudo: Críticas al texto del borrador del Área del Libre Comercio de las Américas de noviembre de 2002*, Alianza Social continental, enero 2003.

DRÈZE, Jean and SEN, Amartya, *Hunger and public action*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

DULITZKY, Ariel E., "Alcance de las obligaciones internacionales de derechos humanos", en MARTIN, Claudia, RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y GUEVARA B., José A. (Comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana/American University/Fontamara, México, 2004.

DURÁN Y LAGUNA, Paloma, *La perspectiva de las Naciones Unidas en la protección de los derechos sociales*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.

EIDE, Asbjørn, "Realization of social and economic rights and the minimum threshold approach", in PIERRE CLAUDE, Richard and WESTON, Burns H., *Human rights in the world community. Issues and action*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, Penn., 2nd ed., 1992.

EPAL-RATJEN, Sandra, *Parallel reporting before the UN CESCR. Writing a parallel report on the situation of the Right to Adequate Food in co-operation with FIAN International*, FIAN International (October 2003), Heidelberg, May 2007.

FABRE, Cécile, *Social rights under the Constitution. Government and the decent life*, Clarendon Press, Oxford, 2004.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª ed., San José, Costa Rica, 2004.

FAURÉ, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, trad. de Diana Sánchez y José Luis Núñez, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª ed. en español, 1995.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden internacional”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (Coords.), *Política Social Internacional y Europea*, Universidad Carlos III de Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, “El *ius cogens* y las obligaciones derivadas de normas imperativas: Entre el mito y la realidad”, en RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro y PÉREZ VERA, Elisa (Coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Tomo I*, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, Sevilla, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, en Íd., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999.

—: “Derechos fundamentales”, en Íd., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999.

—: “Derechos fundamentales”, en Íd., *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli*, et al, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.

—: *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, prólogo de Norberto Bobbio, Trotta (1995), Madrid, 6ª ed. 2004.

—: “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996.

—: *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, trad. de Gerardo Pisarello, et al, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1ª ed. 2000.

—: “La soberanía en el mundo moderno”, en Íd., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999.

—: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Íd.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli*, et al, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.

—: “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli*, et al, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.

—: “Sobre los derechos fundamentales”, trad. de Miguel Carbonell, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídica-UNAM, núm. 15, julio-diciembre 2006.

FIOROVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996.

FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose, *Libertad de elegir*, trad. cast. de C. Rocha, Grijalbo, Barcelona, 1980.

Fundació per la Pau, *Informe sobre el proyecto de presupuestos para I+D civil y militar en el Estado español (2007)*, Barcelona, octubre de 2006.

GARCÍA BAUER, Carlos, “La proyectada Convención Interamericana de Derechos Humanos”, en AA. VV., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1ª ed. 1974.

GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *Derechos humanos e injusticias cotidianas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

—: “Los textos de la Revolución francesa: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y FERNÁNDEZ, Eusebio (Dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II, volumen III*, Dykinson, Madrid, 2001.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Ed.), *Construyendo una Agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, Publicaciones CEJIL, San José, Costa Rica, 2004.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, “¿Son los derechos sociales derechos colectivos? La titularidad de los derechos sociales”, en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2002.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy”, en ALEXY, Robert, et al, *Derechos sociales y ponderación*, ed. a cargo de Ricardo García Manrique, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

GÓMEZ, Manuel Ángel y SCHWENTESIUS RINDERMANN, Rita, “Impacto del TLCAN en el sector agroalimentario mexicano. Evaluación a 10 años”, en AA. VV., *Lecciones del TLCAN: El alto costo del “libre” comercio*, Alianza Social Continental/Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio, México, noviembre de 2003.

GONZÁLEZ FAUS, J. I., *Abjurar la Modernidad. Pecados originales de Occidente*, Cristianisme i Justícia, septiembre de 2002.

—: “Derechos: una contribución analítica (Draft)”, en SAUCA CANO, José María (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.

GUASTINI, Riccardo, “Derechos”, en Íd., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. De Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa Editorial, Barcelona, 1999.

GROSS ESPIEL, Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*, Libro Libre, San José, Costa Rica, 1986.

—: “Sobre la interpretación de las palabras ‘o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos’ en el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Íd., *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1988.

HAUSER, Denise, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre”, en COURTIS, Cristian, HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela (Comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005.

HAYEK, Friedrich A. von, *Camino de servidumbre*, trad. José Vergara, Alianza Editorial, 3ª reimpresión 2005.

—: “El espejismo de la justicia social”, en *Íd.*, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2006.

—: *Los fundamentos de la libertad*, trad. de José Vicente Torrente, Unión Editorial, Madrid, 7ª ed. 2006.

HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.

HIERRO, Liborio, “Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en ALEXY, Robert, et al, *Derechos sociales y ponderación*, ed. a cargo de Ricardo García Manrique, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

HOHFELD, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, trad. de Genaro R. Carrió, Fontamara, México, 1ª ed. 1991.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, W. W. Norton & Company, New York-London, First edition, 1999.

HOOFF, Godfried van, “The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views”, in ALSTON, Philip and TOMAŠEVSKI, Katrina (Eds.), *The right to food*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1984.

JORI, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli*, et al, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.

KAPLAN, Marcos, *El Estado Latinoamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996.

KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 15ª ed., imp. 1983.

—: *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 11ª ed. 2000.

KIRBY, Michael, “Indicators for the implementation of Human Rights”, in SYMONIDES, Janusz (Ed.), *Human rights: International protection, monitoring, enforcement*, Ashgate/UNESCO Publishing, Hants, 2003.

KRAUSE, Eide, "Economic, social and cultural rights as human rights" in ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina and ROSAS, Allan (Eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook*, 2nd revised ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 2001.

KRSTICEVIC, Viviana y MÉNDEZ, Juan E., "Presentación", en Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Ed.), *Construyendo una Agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, Publicaciones CEJIL, San José, Costa Rica, 2004.

KÜNNEMANN, Rolf, "The right to adequate food: violations related to its minimum core content", en CHAPMAN, Audrey and RUSSELL, Sage (Eds.), *Core obligations: Building a framework for economic, social and cultural Rights*, Intersentia, Antwerp – Oxford – New York, 2002.

LEBLANC, Larry, "El Protocolo Adicional a la Convención Americana y sus antecedentes", en MEDINA QUIROGA, Cecilia (Coord.), *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1993.

LeBLANC, Lawrence J., *The OAS and the promotion and protection of human rights*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1977.

LECKIE, Scott and GALLAGHER, Anne (Eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights. A legal resource guide*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006.

LEVIN, Leah, *Derechos humanos: preguntas y respuestas*, Ediciones UNESCO/Bakeaz, Bilbao, 1999.

LIEBENBERG, Sandra, "The protection of economic and social rights in domestic legal system", in ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina and ROSAS, Allan (Eds.), *Economic, social and cultural rights. textbook*, 2nd revised ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 2001.

LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, trad., prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1990.

LÓPEZ CALERA, Nicolás, "Escasez y cambio de modelos", en SAUCA CANO, José María (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.

—: *¿Es posible un mundo justo? Estudios de Filosofía Jurídica y Política*, Universidad de Granada, Granada 2003.

—: *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*, Trotta, Madrid, 1992.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *Derecho Internacional Público: Parte general*, Trotta, Madrid, 4ª ed. rev., 2005.

—: “Los límites de la noción formal de orden público internacional”, en SALINAS DE FRÍAS, Ana y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina (Coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Tomo II*, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, Sevilla, 2005.

MARTÍNEZ OSÉS, Pablo J., *Objetivos del Milenio. ¿Se puede acabar con la pobreza?*, PPC Editorial, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo de Andrés Ollero Tassara, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, abril 2007.

MEDINA QUIROGA, Cecilia, “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en AA. VV., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005.

MEDINA QUIROGA, Cecilia, *The battle of Human Rights. Gross systematic violation in the Inter-American System*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 2001.

MELISH, Tara, “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, en GUTIÉRREZ, Juan Carlos (Coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales (Memorias del seminario internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales)*, Programa de Cooperación

sobre Derechos Humanos México - Comisión Europea, SRE, México, 1ª ed. diciembre de 2005.

—: *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), Quito, Ecuador, 2003.

MÉNDEZ, Juan E., “Derechos económicos, sociales y culturales: experiencias y posibilidades dentro del Sistema Interamericano”, en Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Ed.), *Construyendo una Agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, Publicaciones CEJIL, San José, Costa Rica, 2004.

MÉNDEZ, Juan E. y DULITZKY, Ariel, “Medidas cautelares y provisionales”, en COURTIS, Cristian, COURTIS, Cristian, HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela (Comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005.

M. FISS, Owen, *La Ironía de la libertad de expresión*, trad. de Víctor Ferreres Comella y Jorge F. Malem Seña, Gedisa, Barcelona, 1ª ed. abril de 1999.

MORENO PINO, Ismael, *Orígenes y evolución del Sistema Interamericano*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1977.

NAIR, Sami, *El Imperio frente a la diversidad del mundo*, trad. de Sara Barceló y María Córdón, De Bolsillo, Barcelona, 1ª ed. junio 2004.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

NIKKEN, Pedro “Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana”, en AYALA CORAO, Carlos y NIKKEN BELLSHAW-HÓGG, Pedro, *Defensa colectiva de la democracia: Definiciones y mecanismos*, Comisión Andina de Juristas/The Carter Center, Lima, Perú, enero de 2006.

—: “El concepto de derechos humanos”, en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAIZA, Rafael (Comps.), *Estudios básicos de derechos humanos. Tomo I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1994.

—: *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, 1ª ed. 1987.

NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989.

—: “Sobre los derechos sociales”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan A. y VÁSQUEZ, Rodolfo (Comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford, 1974.

PAREDES GÁMEZ, Maritza, RODRÍGUEZ, Elia Yadira, et al, *Obstáculos a la justicia laboral en Centroamérica y el Caribe: Estudio de caso Honduras*, Equipo de Monitoreo Independiente de Honduras/Iniciativa Regional para la Responsabilidad Social y el Trabajo Digno, Tegucigalpa, Honduras, diciembre de 2007.

PARRA VERA, Oscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en COURTIS, Christian (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

PASQUALUCCI, Jo M., *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2003.

PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 9ª ed. 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y FERNÁNDEZ, Eusebio (Dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II, volumen III*, Dykinson, Madrid, 2001.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

—: *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999.

—: “Escasez y derechos humanos”, en SAUCA CANO, José María (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.

—: “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia”, en Íd., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.

—: “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Íd., Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.

—: “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en ALEXY, Robert, et al, *Derechos sociales y ponderación*, ed. a cargo de Ricardo García Manrique, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

—: “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en *Íd., Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, prólogo de Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Trotta, Madrid, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 9ª ed. 2005.

—: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 6ª ed. 1995.

—: “Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos”, en MUGUERZA, Javier, et al, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1ª ed. mayo de 1989.

PÉREZ ROCHA, Manuel, PORTER, Steve, et al, “El proyecto del ALCA y los derechos de los inversionistas. ‘Un TLCAN Plus’: Un análisis del borrador del capítulo de inversiones del ALCA”, en AA. VV., *El ALCA al desnudo: Críticas al texto del borrador del Área del Libre Comercio de las Américas de noviembre de 2002*, Alianza Social continental, enero 2003.

PETRISSANS AGUILAR, Ricardo, *América Latina: La sociedad sitiada. Los costos humanos, políticos y económicos de la violencia*, Instituto Latinoamericano de Análisis del Conflicto, Montevideo, Uruguay, 2005.

PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto/Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1997.

PIPAN, Anita, *Los derechos humanos y la OMC*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires/Madrid, 2006.

PISARELLO, Gerardo, et al, *Derechos sociales y globalización: a modo de introducción*, Observatori DESC, Barcelona, 1ª ed. junio 2003.

—: “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan A. y VÁSQUEZ, Rodolfo (Comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

—: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

—: *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción*, Icaria, Barcelona, 1ª ed. noviembre 2003.

Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Programa Internacional de Becas en Derechos Humanos y Foro Asiático para los Derechos Humanos y el Desarrollo, *Círculo de Derechos. Una herramienta de entrenamiento para el activismo en defensa de los derechos económicos, sociales, y culturales*, International Human Rights Internship Program, 2000.

POGGE, Thomas W., “Reconocidos y violados por la ley internacional: los derechos humanos de los pobres globales”, trad. de Andrea León Montero, en CORTÉS RODAS, Francisco y GIUSTI, Miguel (Eds.), *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Siglo del Hombre Editores/Universidad de Antioquía/Universidad Católica del Perú, Bogotá, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, Principios, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.

—: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en AÑÓN, María José (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: El reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

QUESADA, Carlos, GONZÁLEZ, Felipe, et al, *Using the Inter-American System for Human Rights. A practical guide for NGOs*, Global Rights, Washington, D. C., March 2004.

REMIRO BROTONS, Antonio, et al, *Derecho Internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

RÍOS KOHN, Rebeca, “Vivir libre de la pobreza es un derecho humano”, en AA. VV., *Consolidación de derechos y garantías: Los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

RITTER, Gerhard A., *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

ROBERTSON, A. H. and MERRILLS, J. G., *Human rights in Europe: A study of the European Convention on Human Rights*, Manchester University Press, Manchester and New York, 3^a ed. 1993.

RODRÍGUEZ OLVERA, Óscar, *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada, 1998.

RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2002.

ROSAS, Allan y SCHEININ, Martin, "Implementation mechanisms and remedies", en ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina and ROSAS, Allan (Eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook*, 2nd revised ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 2001.

SALVIOLI, Fabián, "El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos", en Corte IDH, *Memoria del Seminario El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI, Tomo I*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2^a ed. 2003.

SANDOVAL TERÁN, Areli, *Construcción de indicadores en materia de derechos humanos económicos, sociales, culturales y ambientales*, Equipo Pueblo, Ciudad de México, marzo de 2007.

SARTORI, Geovanni, *La democracia después del comunismo*, trad. de María Luz Morán Calvo-Sotelo, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

SCHEININ, Martin, "Economic and social rights as legal rights", in ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina and ROSAS, Allan (Eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook*, 2nd revised ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 2001.

—: "Justiciability and the indivisibility of human rights", in SQUIRES, John, et al, (Ed.), *The road to a remedy. Current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Australian Human Rights Centre/The University of New South Wales/Centre on Housing Rights and Evictions, Australia, 2005.

SECONDS, Jean-Louis, "Ensayo sobre los derechos de los hombres, de los ciudadanos y de las naciones; o discurso al rey sobre los estados generales y los principios de una buena constitución", en FAURÉ, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, trad. de Diana Sánchez y José Luis Núñez, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª ed. en español, 1995.

SEN, Amartya, "Las hambrunas y otras crisis", en *Íd.*, *Desarrollo y libertad*, trad. de Esther Rabasco y Luis Toharia, Planeta, Barcelona, 2000.

—: "La perspectiva de la libertad", en *Íd.*, *Desarrollo y libertad*, trad. de Esther Rabasco y Luis Toharia, Planeta, Barcelona, 2000.

—: "La pobreza como privación de capacidades", en *Íd.*, *Desarrollo y libertad*, trad. de Esther Rabasco y Luis Toharia, Planeta, Barcelona, 2000.

—: "The right not be hungry", in ALSTON, Philip and TOMAŠEVSKI, Katrina (Eds.), *The right to food*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1984.

SEPÚLVEDA, Magdalena, "La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión 'progresivamente'", en COURTIS, Christian (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

—: "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la supuesta dicotomía entre las obligaciones impuestas por los pactos de Naciones Unidas", en CANTÓN, Octavio y CORCUERA, Santiago (Coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, Porrúa, México, 2004.

—: "La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos", en COURTIS, Cristian, HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela (Comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005.

SHUE, Henry, *Basic Rights. Subsistence, affluence and U. S. Foreign Policy*, Princenton University Press, Princenton, New Jersey, 2nd edition, 1996.

—: "The interdependence of duties", in ALSTON, Philip and TOMAŠEVSKI, Katrina (Eds.), *The right to food*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1984.

SICCHAR, Gonzalo, "Desarrollo, Paz y Democracia", en *Íd.*, (Coord.), *Semilla Democrática. Experiencias de Democracia Participativa en América Latina*, CIDEAL-Fundación CIDEAL, Madrid, 1ª ed. 2002.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, "Preliminares de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano", en FAURÉ, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, trad. de Diana Sánchez y José Luis Núñez, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª ed. en español, 1995.

SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen I. Para un nuevo sentido común: La ciencia, el Derecho y la política en la transición paradigmática*. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.

STEINER, Henry J. and ALSTON, Philip, *International Human Rights in context. Law, politics and moral*, Oxford University Press, New York, 2nd ed., 2000.

STIGLITZ, Joseph E. and CHARLTON, Andrew, *Fair trade for all. How trade can promote development*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2005.

TALBOTT, William J., *Which rights should be universal?*, Oxford University Press, New York, 2005.

TEXIER, Philippe, "Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales" en, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Ed.), *Construyendo una Agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, Publicaciones CEJIL, San José, Costa Rica, 2004.

TOMAŠEVSKI, Katarina, "Indicators", in ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina and ROSAS, Allan (Eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook*, 2nd revised ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 2001.

TOURAINÉ, Alain, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Mauro Armijo, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1994.

TRUYOL y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1ª reimp., 1984.

ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Reus, Madrid, 2007.

VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

VERA MILLAR, Dante y MANRIQUE GARCÍA, María Julia, *Informes Alternativos ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Una guía para la acción*, Coalición Flamenca para la Cooperación Norte-Sur, PIDHDD, Perú, abril de 2002.

VIANA GARCÉS, Andrée, "Sistema europeo y americano de protección de derechos humanos. Coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias", en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y VIANA GARCÉS, Andrée (Eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

VILLENEUVE, Pétion de, "Declaración de los derechos del hombre", en FAURÉ, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, trad. de Diana Sánchez y José Luis Núñez, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª ed. en español, 1995.

ARTÍCULOS DE REVISTA

ABRAMOVICH, Víctor, "Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 2, N° 2, 2005

ATRIA, Fernando, "¿Existen derechos sociales?", en *Discusiones. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 4, Alicante, 2004.

AYALA CORAO, Carlos, "El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos", en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 5, N° 8, Madrid, 2000.

BOVERO, Michelangelo, "Democracia y derechos fundamentales", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 16, México, abril de 2002.

BUERGENTHAL, Thomas, "The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and differences", in *American University Law Review*, Vol. 30, N° 155, 1980-1981.

—: "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights", in *The American Journal of International Law*, Vol. 69, N° 4, October 1975.

CABRANES, José A., "The Protection of Human Rights by the Organization of American States", in *The American Journal of International Law*, Vol. 62, N° 4, October 1968.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "Democracia y Derechos Humanos: El régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de derecho", en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Año 1, vol. 1, N° 1, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antonio A., "La Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional", en *Revista Lecciones y Ensayos*, 1997/1998, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

CAVALLARO, James L. y ERIN BREWER, Stephanie, "La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 5, N° 8, junio de 2008.

CAVALLARO, James L. & SCHAFFER, Emily J., "Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas", in *Hastings Law Journal*, N° 56, 2004-2005.

CAVALLARO, James L. & SCHAFFER, Emily, "Rejoinder: Justice before justiciability: Inter-American litigation and social change", in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 39, Issue 2, 2007.

COLLIER, David y LEVITSKY, Steve, "Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research", en *World Politics Number 3*, vol. 49, April 1997.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano", en *Revista IIDH*, vol. 1, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, enero-junio 1985.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión de la Corte sobre el Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Revista IIDH*, vol. 3, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, enero-junio 1986.

COURTIS, Christian, "Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los "Cinco Pensionistas" de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, N°6, ITAM, Departamento de Derecho, México, 2004.

DANKWA, Victor, FLINTERMAN, Cees and LECKIE, Scott, “Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights”, in *Human Rights Quarterly*, Vol. 20, N° 3, The Johns Hopkins University Press, August 1998.

DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho y Democracia”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 19-20, Universidad de Extremadura, 2001-2002.

FENWICK, C. G., “Second Meeting of the Inter-American Council of Jurists” in *The American Journal of International Law*, Vol. 47, N° 2, April 1953.

FENWICK, Charles, “The Ninth International Conference of American States”, in *The American Journal of International Law*, Vol. 42, N° 3, July 1948.

FERRAJOLI, Luigi, “Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho”, trad. de A. Ródenas y J. Ruiz Manero, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 20, Alicante, 1997.

—: “Garantías”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, N° 38, Madrid, 2000.

—: “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, N° 29, Madrid, julio 1997.

—: “Sobre la definición de ‘democracia’. Una discusión con Michelangelo Bovero”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 19, México, 2003.

FREEMAN, Alwyn V., “The First Meeting of the Inter-American Council of Jurists”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 44, N° 2, April 1950.

GARCÍA BAUER, Carlos, “The observance of Human Rights and the structure of the system for their protection in the western hemisphere”, in *The American Journal of International Law*, Vol. 30, N° 5, 1980-1981.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *Derechos sociales e igualdad* (inédito). Ponencia en el III Congreso estudiantil de derecho y teoría constitucional en Santiago de Chile, 21 de agosto de 2007.

—: “En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos (Acotaciones a Liborio Hierro)”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 23, Alicante, 2000.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos”, en *Revista IIDH*, vol. 32-33, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Número especial 2002.

GOMES CANOTILHO, José Joaquín, “Metodología ‘Fuzzy’ y ‘Camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, trad. de Francisco Astudillo, en *Revista Derechos y Libertades*, año III, N° 6, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Madrid, febrero 1998.

HESSBRUEGGE, Jan Arno, “Human rights violations arising from conduct of non-state actors”, in *Buffalo Human Rights Law Review*, Vol. 11, 2005.

HIERRO, Liborio L., “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19, Alicante, 1996, p. 299.

Inter-American Juridical Committee, “Draft Declaration of the International Rights and Duties of Man and Accompanying Report”, in *The American Journal of International Law*, Vol. 40, N° 3, Supplement: Official Documents, July 1946.

JOCHNICK, Chris, “Confronting the impunity of Non-State Actors: New fields for the promotion of human rights”, in *Human Rights Quarterly*, Vol.. 21, N° 1, The Johns Hopkins University Press, February 1999.

JURADO VARGAS, Romel, “Exigibilidad de los derechos humanos relacionados con la comunicación desde el ámbito de las políticas públicas”, en *Revista Aportes Andinos*, N° 4, Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, noviembre de 2002.

KUNZ, Josef L., “The Bogota Charter of the Organization of American States”, in *The American Journal of International Law*, Vol. 42, N° 3, July 1948.

LeBLANC, Lawrence J., “Economic, Social, and Cultural Rights and the Interamerican System”, in *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Vol. 19, N° 1, February 1977.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de Naciones Unidas” en

Revista Derechos y Libertades No. 6. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. BOE. Febrero, 1998.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José, "La crítica neoliberal al Estado social. Un resumen y una valoración", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 15-16, Alicante, 1994.

MELISH, Tara, "A pyrrhic victory for Peru's pensioners: Pensions, property, and the perversion of progressivity", en *Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Número I, Año I, San José, Costa Rica, diciembre de 2005.

MELISH, Tara J. "Counter-rejoinder: Justice vs. justiciability?: Normative neutrality and technical precision, the role of the lawyer in supranational social rights litigation", in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 39, Issue 2, 2007.

MELISH, Tara J., "Rethinking the 'Less as More' Thesis: Supranational litigation of economic, social and cultural rights in the Americas", in *New York University International Law and Politics*, Vol. 39, Issue 2, 2007.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, "La doctrina de la Drittwirkung Der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Teoría y Realidad Constitucional* nº 20, UNED, Editores: Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, "Rights and duties established by the American Convention on Human Rights", in *American University Law Review*, Vol. 30, Nº 21, 1981.

MUÑOZ, Heraldo and D'LEON, Mary, "The right to democracy in the Americas", in *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Vol. 40, Nº 1, Spring, 1998.

"Official Documents. Second Special Inter-American Conference. Río de Janeiro, Brazil, November 17-30, 1965. Resolutions", obtained y prepared by R. R. Baxter, in *The American Journal of International Law*, Vol. 60, Nº 2, April 1966.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 3, Nº 6, Madrid, febrero 1998.

PISARELLO, Gerardo, "Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional. Por una protección compleja de los derechos sociales", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Nº 15, México, octubre de 2001.

—: “Por un concepto exigente de Estado de Derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, en *Sistema*, N° 144, Madrid, 1998.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Derechos liberales y derechos sociales”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 15-16, Alicante, 1994.

SALVIOLI, Fabián, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, vol. 39, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, enero-junio 2004.

TOMAŠEVSKI, Katarina, “Unasked questions about economic, social and cultural rights from the experience of the Special Rapporteur on the right to education (1998-2004): A Response to Kenneth Roth, Leonard S. Rubenstein, and Mary Robinson”, in *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, N° 2, The Johns Hopkins University Press, May 2005.

URQUILLA, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Revista IIDH*, vol. 30-31, Edición Especial, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2000.

VENTURA ROBLES, Manuel E., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, vol. 40, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, julio-diciembre 2004.

FUENTE DOCUMENTAL DEL ÁMBITO DEL SISTEMA INTERAMERICANO.

a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo informe sobre la situación de los presos políticos y sus familiares en Cuba*, 7 de mayo de 1970.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1971*, 6 de marzo de 1972.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1973*, 14 de febrero de 1974

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1973*, 14 de febrero de 1974.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, 25 de octubre de 1974.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1974*, 30 de diciembre de 1974.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977*, 20 de abril de 1978.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador*, 17 de noviembre de 1978.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití*, 13 de septiembre de 1979.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980*, 02 de octubre 1980.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución N° 38/81. Caso 4425 (Guatemala)*, 25 de junio de 1981.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala*, 13 de octubre de 1981.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-1981*, 16 de octubre de 1981.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Séptimo informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, 04 de octubre de 1983.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983-1984*, 28 septiembre 1984.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución N° 12/85, Caso N° 7.615 (Brasil)*, 05 de marzo de 1985.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985*, 01 de octubre de 1985.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*, 26 septiembre 1986.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 1986-1987*, 22 de septiembre de 1987.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, 28 de septiembre de 1987.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988*, 16 de septiembre de 1988.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 90/90. Caso 9893, Uruguay*, 03 de octubre de 1990.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991*, 22 de febrero de 1991.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991*, 14 de febrero de 1992.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993*. 12 de marzo de 1993.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, 1 de junio de 1993.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 14 de octubre de 1993.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993*, 11 de febrero de 1994.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994*, 17 de febrero de 1995.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995*, 28 de febrero de 1996.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 39/96, Caso 11.673 (Argentina)*, 15 de octubre de 1996.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 28/96, Caso 11.297, Guatemala*, 16 de octubre de 1996.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, 17 de febrero de 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 3/98, Caso 11.221. Tarcisio Medina Charry (Colombia)*, 7 de abril de 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*, 24 de septiembre de 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de la Comisión Interamericana sobre la condición de la mujer en las Américas*, 13 de octubre de 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia 1999*, 26 de febrero de 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 63/99, Caso 11.427, Víctor Rosario Congo, Ecuador*, 13 de abril de 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 67/99, Caso 11.738. Elba Clotilde Perrone y Juan José Preckel (Argentina)*, 04 de mayo de 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N°89/99. Caso 12.034. Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Fernández, Reymer Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreyra (Perú)*, 27 de septiembre de 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití*, 07 de octubre de 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, 13 de abril de 2000.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú*, 02 de junio de 2000.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 78/00, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Maya y sus miembros, Belice*, 05 de octubre de 2000.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de los derechos humanos de los indígenas de las Américas*, 20 de octubre de 2000.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 03/01, Caso 11.670, Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros (Sistema Previsional) vs. Argentina*, 19 de enero de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 4/01, Caso 11.625. María Eugenia Morales de Sierra, (Guatemala)*, 19 de enero de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 28/01, Caso 12.189, Dilcia Yean y Violeta Bosica, República Dominicana*, 22 de febrero de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 29/01, Caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros, El Salvador*, 07 de marzo de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, 09 de marzo de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, 06 de abril de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000*, 16 de abril de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 85/01, Caso 12.084. Trabajadores de la Municipalidad Metropolitana de Lima y de la Empresa de Servicios Municipales de Lima (Perú)*, 10 de octubre de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 86/01, Caso 12.319. Federación de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Perú (Perú)*, 10 de octubre de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 100/01. Caso 11.381. Milton García Fajardo y otros (Nicaragua)*, 11 de octubre de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 119/01. Caso 11.500. Tomás Eduardo Cirio (Uruguay)*, 16 de octubre de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 12/02. Admisibilidad. Petición 11.171. Tomás Lares Cipriano (Guatemala)*, 27 de febrero de 2002.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 32/02, Solución amistosa, Petición 12.046, Mónica Carabantes Galleguillos, Chile*, 12 de marzo de 2002.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001*, 16 abril 2002.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 39/02, Admisibilidad, Petición 12.328, Adolescentes en Custodia de la FEBEM, Brasil*, 09 de octubre de 2002.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 47/02. Admisibilidad. Petición 12.357. Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República (Perú)*, 09 de octubre de 2002.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 12/03, Petición 0322/2001, Admisibilidad, Comunidad Indígena Sawhoyamaxa del Pueblo Enxet, Paraguay*, 20 de febrero de 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002*, 07 de marzo de 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 40/03, Caso 10.301, Fondo, 42° Distrito Policial, Parque São Lucas, São Paulo, Brasil*, 8 de octubre de 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 71/03, Petición 12.191, Solución amistosa, María Mamérita Mestanza Chávez, Perú*, 10 de octubre de 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 78/03. Petición 0453/00. Admisibilidad. Ex trabajadores del Organismo Judicial (Guatemala)*, 22 de octubre de 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003*, 29 de diciembre de 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.053, Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice*, 12 de octubre de 2004.

Comisión Informe N° 62/04. Petición 167/03. Admisibilidad. Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros, Ecuador, 13 de octubre de 2004.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005*. 27 de febrero de 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 21/06. Petición 2893-02. Admisibilidad. Trabajadores de la Empresa Fertilizantes de Centroamérica (Costa Rica)*, 02 de marzo de 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 23/06. Petición 71-03. Admisibilidad. Miembros del Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Educación. El Salvador*, 02 de marzo de 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, 07 de marzo de 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N°66/06. Caso 12.001. Fondo. Simone André Diniz (Brasil)*, 21 de octubre de 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 69/96. Caso 11.171. Fondo. Tomás Lares Cipriano (Guatemala)*, 21 de octubre de 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 124/06. Caso 11.500, Fondo. Tomás Eduardo Cirio (Uruguay)*, 27 de octubre de 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006*, 03 de marzo de 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos humanos*, OEA Documentos Oficiales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA Documentos Oficiales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 5, 05 de octubre de 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 78/07. Caso 12.265. Fondo. Chad Roger Goodman (Bahamas)*, 15 de octubre de 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 79/07. Caso 12.513. Fondo. Prince Pinder (Bahamas)*, 15 de octubre de 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2007*, 29 de diciembre 2007.

b) Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1985*, 15 de agosto de 1985.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1986*, 29 de agosto de 1986.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/1987 del 30 de enero de 1987.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cayara vs. Perú. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 3 de febrero de 1993.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-13/93, del 16 de julio de 1993.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 10 de septiembre de 1993.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Caballero Delgado y Santana. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 21 de enero de 1994.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cesti Hurtado*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 1997. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República del Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cesti Hurtado*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de enero de 1998. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República del Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de enero de 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 08 de marzo de 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de agosto de 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de noviembre de 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Excepciones preliminares*, Sentencia de 18 de noviembre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Las Palmeras vs. Colombia. Excepciones preliminares*, Sentencia de 04 de febrero de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*, Sentencia de 02 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein*, Sentencia de 6 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 26 de mayo de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos vs. Perú. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 30 de noviembre de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Durand Ugarte vs. Perú. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 03 de diciembre de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantoral Benavides, Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 3 de diciembre de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de febrero de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, Sentencia de 21 de junio de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“Cinco pensionistas vs. Perú”*, Sentencia de 28 de febrero de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, 17 de septiembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Molina Theissen vs. Guatemala. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 03 de julio de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 07 de septiembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia 19 de noviembre 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de 15 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 08 de septiembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 17 de noviembre de 2005. Solicitud de medidas cautelares presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Federativa del Brasil. Caso de los niños y adolescentes privados de libertad en el "Complejo do Tatuapé" de FEBEM.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de 04 de julio de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Montero Aranguren y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 05 de julio de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/1989 del 14 de julio de 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantos vs. Argentina*, Sentencia de 28 de noviembre de 2002.

c) Otros:

Acta Final de la IV Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. Washington, D. C., 26 de marzo al 07 de abril de 1951. Serie sobre Conferencias y Organismos N° 13, Departamento Jurídico y de Organizaciones Internacionales. Unión Panamericana, Washington, D. C., 1951.

Acta Final de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959. Unión Panamericana. Secretaría General de la OEA, Washington, D. C., 1960.

Conferencias Internacionales Americanas. Segundo Suplemento 1945.1954, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1ª ed. 1956, 2ª reimp. 1990.

Declaración de Caracas de la II Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Caracas, Venezuela, en marzo de 1999.

Declaración de Mar de Plata. "Crear trabajo para enfrentar la pobreza y la gobernabilidad democrática", IV Cumbre de las Américas, Mar de Plata, Argentina, 5 de noviembre de 2005.

Declaración de Quito acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en América Latina y el Caribe, adoptada en Ecuador el 24 de julio de 1998.

Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador", en Organización de Estados Americanos, *Actas y documentos volumen I AG/DEC. 41 a AG/DEC. 45 (XXXV-O/05). AG/RES. 2061 a AG/RES. 2157 (XXXV-O/05). Textos y certificados de las declaraciones y resoluciones*, Trigésimo quinto período de sesiones, Fort Lauderdale, Florida, Del 5 al 7 de junio de 2005, OEA/Ser.P/XXXV-O.2, Secretaría General, Washington, D. C., 24 de octubre de 2005. AG/RES. 2074 (XXXV-O/05).

Organización de Estados Americanos, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1986.

Organización de Estados Americanos, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1987.

Organización de Estados Americanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano (Actualizado a julio de 2003)*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2003.

FUENTE DOCUMENTAL DEL ÁMBITO DEL SISTEMA UNIVERSAL.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Colombia. 06/12/95*, 06 de diciembre de 1995.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 1 (1989). Presentación informes por los Estados Partes.*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 2 (1990). Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto).*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3 (1990.) La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 4 (1991). El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 5 (1994). Personas con discapacidad.*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 6 (1995). Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 7 (1997). El derecho a una vivienda adecuada (art. 11.1 del Pacto): los desalojos forzosos.*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 9 (1998). La aplicación interna del Pacto.*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 11 (1999). Planes de acción de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 12 (1999). El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11).*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 13* (1999). *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 14* (2000). *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 16* (2005). *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 19* (2007). *El derecho a la seguridad social (artículo 9)*.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Statement on Globalization and Economic and Cultural Rights: 11/05/98 (Other Treaty-Related Documents)*. 18 session, April 27 - May 15, 1998; *Íd., Statement of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Third Ministerial Conference of the World Trade Organization*. Seattle, November 30 - December 3, 1999, 26/11/99, Doc. UN E/C.12/1999/9.

Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 3* (1981). *Artículo 2 - Aplicación del Pacto a nivel nacional*.

Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 4* (1981). *Artículo 3 - Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos*.

Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 6* (1982). *Artículo 6 - Derecho a la vida*.

Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 17* (1989). *Artículo 24 - Derechos del niño*.

Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 28* (2000). *Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*.

Corte Internacional de Justicia, Sentencia de 05 de febrero de 1970 relativa al *asunto de la Barcelona Traction* (Bélgica vs. España).

Corte Internacional de Justicia, Sentencia de 09 de abril de 1949 relativa al *asunto del Estrecho de Corfú* (Reino Unido de Gran Bretaña vs. Albania).

Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva de 18 de mayo de 1951 relativa a la *Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*.

Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la *Licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares*.

Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, Países Bajos, 22-26 de enero de 1997.

European Court of Human Rights, *Marckx vs. Belgium*, Judgment of 13 June 1979, Serie A, Nº 31.

Institute of International Law, *The Protection of Human Rights and the Principle of Non-intervention in Internal Affairs of States*, (Eighth Commission, Rapporteur : Mr Giuseppe Sperduti), Session of Santiago de Compostela, Resolution of September 13, 1989.

OLOKA-ONYANGO, J. and UDAGAM, Deepika, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights*, Preliminary report submitted by J. Oloka-Onyango and Deepika Udagama, in accordance with Sub-Commission resolution 1999/8 Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/13, 15 June 2000.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *La alfabetización, un sector vital. Informe de seguimiento de la educación para todos en el mundo 2006*, Ediciones UNESCO, París, 2006.

Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, Países Bajos, 2-6 de junio de 1986.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2000*, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid-Barcelona-México, 2000.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2002. Profundizar la democracia en un mundo fragmentado*, Ediciones Mundi-Prensa, New York, 2002.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe La Democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, Buenos Aires, Argentina, 2ª ed. diciembre de 2004.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2005. La cooperación internacional ante una encrucijada. Ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual*, Edición Mundi-Prensa, Nueva York, 2005.

Proyecto del Milenio de las Naciones Unidas, *Invirtiendo en el desarrollo. Un plan práctico para conseguir los Objetivos del Milenio*, PNUD, Nueva York, 2005.

Submission of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Statement to the World Conference*, UN Doc. 1993/22/, 1993.

United Nations Development Programme, *Human Development Report 1998*, Published for UNDP, Oxford University Press, New York-Oxford, 1998.

United Nations, *The inequality predicament. Report on the World Social Situation 2005*, United Nations Publication, New York, 2005.

United Nations, *The employment imperative. Report on the World Social Situation 2007*, United Nations Publication, New York, 2007.

The realization of economic, social and cultural rights, Final Report submitted by Mr. Danilo Türk, Special Rappourter, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Forty-fourth session, E/CN.4/Sub.2/1992/16, 3 July 1992.

OTRAS FUENTES DOCUMENTALES.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, METALCLAD CORPORATION Demandante y ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CASO No. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Caso N° ACHPR/COMM/A044/1 (Centro de Acción de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vs. Nigeria)*, 27 de mayo de 2002.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Panorama Social de América Latina 2006*, Publicación de las Naciones Unidas, febrero de 2007, Santiago de Chile.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso MacCann y otros v. Reino Unido*, Sentencia de 27 de septiembre de 1995, Serie A N° 324.