

CONSTRUYENDO UNA AGENDA PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

CEJIL

Centro Interamericano de Justicia y Desarrollo Social
que promueve la justicia social y el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe.



CONSTRUYENDO UNA AGENDA PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES



Es una organización no gubernamental
sin fines de lucro con estatus
consultivo ante la OEA, la ONU y la
Comisión Africana de los Derechos
Humanos y de los Pueblos



323.4

C397c Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL
Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los
Derechos Sociales / CEJIL. - San José, Costa Rica:
Centro por la Justicia y El Desarrollo Internacional, 2004
283 p.; 15 cm x 23 cm.

ISBN 9968 - 9474 - 2 - 3

1.Derechos humanos. 2.Derechos sociales.
3.Protección internacional. I. Título

Impreso en Costa Rica por
Gossestra Intl., S.A.

Diseño y Artes Finales:
Diseñadores Asociados S.A.

Corrector de estilo
Maria Carmen de Cea



Es una organización no
gubernamental sin fines de
lucro con estatus consultivo
ante la OEA, la ONU y la
Comisión Africana de los
Derechos Humanos y de los
Pueblos

**Viviana Krsticevic**

Directora Ejecutiva

washington@cejil.org

Soraya Long

Directora del Programa para
Centroamérica y México

mesoamerica@cejil.org

Liliana Tojo

Directora del Programa para Brasil

brasil@cejil.org

Kate Lasso

Directora de Desarrollo Institucional

Susana García

Desarrollo Institucional,

Programa para Centroamérica y México

Victoria Amato y Edilma Granados

Difusión y Prensa

diffusion@cejil.org

Washington

1630 Connecticut Ave., NW

Suite 401

Washington D.C. 20009 1053, U.S.A.

Tel. (202) 319-3000

Fax (202) 319-3019

washington@cejil.org

Mesoamerica

Apartado Postal 441-2010

San José, Costa Rica

Tel. (506) 280-7473

Fax (506) 280-5280

mesoamerica@cejil.org

Brasil

Av. Mal. Camara, 350/707,

Centro – 20200-080

Río de Janeiro, RJ, Brasil

Tel. (55-21) 2533-1660

Fax (55-21) 2517-3280

brasil@cejil.org

Argentina

Piedras 547

(CP C1070AAJ),

Buenos Aires, Argentina

Tel/Fax (54-11) 4334-4200

argentina@cejil.org

Chile

Huérfanos 835, Piso 18

Santiago, Chile

Tel. (562) 670-3000/9

Fax (562) 670-3025

chile@cejil.org

CONSEJO DIRECTIVO

Víctor Abramovich

Centro de Estudios Legales y Sociales,
Argentina

Mariclaire Acosta

Defensora de Derechos Humanos,
México

Benjamín Cuéllar

Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas"
(IDHUCA),
El Salvador

Gustavo Gallón

Comisión Colombiana de Juristas,
Colombia

Alejandro Garro

Universidad de Columbia, Facultad de Derecho,
Estados Unidos

Helen Mack

Fundación Myrna Mack,
Guatemala

Sofía Macher

Instituto de Defensa Legal (IDL),
Perú

Juan Méndez

Centro Internacional para la Justicia Transicional,
Estados Unidos

Julieta Montaño

Oficina Jurídica para la Mujer, Cochabamba,
Bolivia

José Miguel Vivanco

Human Rights Watch/Américas,
Estados Unidos

Índice

Presentación.....	9
Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal <i>Philippe Texier</i>	13
Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: la experiencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) <i>Lee Slepston</i>	25
Derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas regionales de derechos humanos. <i>Dinah Shelton</i>	49
Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales <i>Sergio García Ramírez</i>	87
Derechos económicos, sociales y culturales: experiencias y posibilidades dentro del sistema interamericano <i>Juan E. Méndez</i>	115
La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano <i>Viviana Krsticevic</i>	145
Las cláusulas de protección social en los préstamos de ajuste estructural del Banco Mundial. El caso del plan alimentario Pro-Huerta. <i>Victor Abramovich</i>	201
El caso Bloque 24: una lucha por la exigibilidad de los derechos indígenas en la selva amazónica ecuatoriana <i>Mario Melo Cevallos</i>	227
El nivel esencial de protección del derecho a la salud <i>Suad Elías Atala</i>	241
Vivienda para todos: derecho en construcción <i>Gerardo Pisarello</i>	259

Presentación

“ el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho 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. Los Estados tienen 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...”¹

La construcción de democracias más inclusivas en el continente americano requiere no sólo fortalecer el estado de derecho sino garantizar el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales (derechos sociales o DESC). La plena ciudadanía se socava con la desigualdad, la marginación, la muerte temprana e inoportuna a causa de la desnutrición, la falta de atención médica, etc. Las desconfianzas en las bondades y promesas del sistema democrático se agudizan con la perpetuación de la exclusión de enormes sectores de la población.

El derecho en la esfera local e internacional provee pautas, mínimos y estrategias para avanzar en el establecimiento de condiciones básicas de la dignidad humana expresadas en términos de derechos. Sin embargo, subsisten áreas importantes de incertidumbre en la determinación del alcance de los derechos sociales, en la precisión de los límites de lo reclamable jurídicamente, en la comparación de las soluciones dadas por las diversas experiencias nacionales y las vías de reclamo internacional.

9

Este libro pretende ser una contribución en la agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales. El mismo es fruto de una iniciativa desarrollada desde el año 2001, por el **Centro por la Justicia y el Derecho Internacional** (CEJIL) y el **Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame** (CCHR) al implementar el Proyecto **Nuevos Espacios Para los DESC: Defendiendo los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano**.

Durante estos años trabajamos en forma conjunta para la promoción de la justiciabilidad de los DESC frente al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, contribuyendo -por esa vía- al desarrollo de jurisprudencias que refuercen tanto el reconocimiento formal como la efectiva protección de estos derechos por parte de los Estados.

1. Corte Interamericana de DD.HH, Caso Villagrán Morales y otros. Sentencia de Fondo. 19 de noviembre de 1999.

Cada una de las organizaciones brindó a la iniciativa su área de experticia. CEJIL, como organización regional de defensa y promoción de los derechos humanos cuyo mandato es trabajar para la plena implementación de normas internacionales de derechos humanos en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, acumula más de 12 años de experiencia de litigio internacional frente a los órganos de protección de derechos humanos. Por su parte el CCHR, centro de investigación avanzada en el área de los derechos humanos viabilizó la disponibilidad para que sus estudiantes e investigadores/as exploraran el contexto social, político y económico en el cual estos derechos humanos son afectados.

En el marco del proyecto, que centró sus actividades en México, realizamos entre el 26 y el 27 de julio de 2002 -con la colaboración del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México-, el Seminario “Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en la ciudad de México. Este Seminario constituyó un importante momento del trabajo compartido, ya que permitió discutir –desde distintas vertientes- la justiciabilidad de los DESC entendida como la posibilidad de acudir a un tribunal de justicia, local o internacional, para reclamar el cumplimiento de estos derechos, cuando son vulnerados.

El libro que ahora ofrecemos recoge algunas de las presentaciones realizadas en dicho Seminario, las que compartimos con la convicción que podrán contribuir para enriquecer la reflexión y el debate sobre estrategias legales que nos ayuden a alcanzar el objetivo de garantizar condiciones dignas de vida para los y las habitantes de las Américas. Agradecemos profundamente a los/las colaboradores/as de este volumen por su disposición en la elaboración de estudios académicos sobre aspectos fundamentales para el desarrollo de la temática.

10

CEJIL y el CCHR agradecemos asimismo a la Fundación John D. and Catherine T. MacArthur por la confianza depositada en nosotros y su apoyo para la implementación del proyecto. Queremos destacar el aporte de Garth Meinjes y Dinah Shelton desde Norte Dame y la colaboración de abogados y abogadas que contribuyeron, con su trabajo, en diversas fases del proyecto para el logro de los objetivos que nos habíamos planteado, como Fernanda Doz Costa, Sean O' Brien, Marisol Blanchard, Alejandra Nuño, Tara Melish, Gisela de León, Francisco Quintana y Liliana Tojo. Agradecemos igualmente a los y las defensores/as que en distintos momentos de estos tres años compartieron con nosotros este camino.

Adicionalmente quisieramos mencionar que el trabajo en derechos sociales de CEJIL se nutrió también de la cooperación con la Universidad de Lund a través del Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law así como del apoyo que hemos recibido

de The John Merck Foundation y KZE/Misereor para la defensa de víctimas de violaciones de derechos humanos en las Américas. Una última palabra de arecio y reconocimiento para la maestra Mariclaire Acosta que nos impulsó como miembro del Consejo Directivo de CEJIL y amiga del CCHR a embarcarnos a asumir esta iniciativa.

Viviana Krsticevic
Directora Ejecutiva
CEJIL

Juan E. Méndez
Director
CDDHH
Universidad de Notre Dame

Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal *

Philippe Texier **

La cuestión de la exigibilidad y de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales¹ se presenta, todavía, en forma muy diferente a la exigibilidad o justiciabilidad de los derechos civiles y políticos², a pesar de los progresos que se pueden notar en los últimos años.

Sin desarrollar el tema, parece útil recordar brevemente las circunstancias históricas que pueden explicar las diferencias entre los dos Pactos³, y el tratamiento desigual de las dos categorías de derechos. En realidad, no es muy conveniente utilizar el término de “categoría”, porque la esencia de todos los derechos humanos es la misma : la dignidad humana, fundamento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴. El preámbulo de la DUDH proclama su fe “en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”. Así, el término de “categoría” se usará sólo por comodidad de lenguaje.

Los trabajos preparatorios de la DUDH muestran que, en principio, no estaba prevista la separación de los derechos humanos. En 1948, por su Resolución Nro. 217, la Asamblea General de Naciones Unidas pidió a la Comisión de Derechos Humanos la elaboración de un proyecto de Pacto. Después de largas y difíciles negociaciones en sus primeras

13

* Ponencia presentada en Seminario sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame, en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México 26 de julio de 2002.

** Actual Magistrado de la Sala Laboral de la Corte de Casación francesa. Desde 1987, miembro del Comité de la ONU de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Entre 1991 y 1992 fue Director de la división de derechos humanos de ONUSAL (El Salvador), entre 1988 y 1990: fue experto independiente de la Comisión de Derechos Humanos para Haití. Ha desarrollado numerosas misiones en América Latina y África.

1. En adelante, DESC.
2. En adelante, DCP.
3. Me refiero al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , en adelante referido como PIDCP; y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante, PIDESC.
4. En adelante, DUDH.

sesiones, la Comisión de Derechos Humanos consideró que los DESC eran demasiado complejos para incorporarse a un instrumento que tratase de la aplicación de los DCP, y se tomó la decisión -a propuesta del Reino Unido y de los Estados Unidos- de preparar dos pactos, en lugar de uno. Fue notoria una fuerte oposición política entre el bloque occidental, argumentando el carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales para oponerse a su inclusión en el proyecto de Pacto, y los Estados entonces socialistas, favorables a una enunciación precisa del conjunto de los derechos pero, sin embargo, reticentes a todo mecanismo de control, en nombre de la soberanía nacional. Se puede pensar que, aunque por motivos distintos, los Estados tenían serias dudas sobre la exigibilidad inmediata de los DESC, y, posiblemente, la mayoría de ellos las siguen teniendo.

En definitiva, se adoptaron dos Pactos, y se les otorgó a los DESC un estatus mucho menos protector que a los DCP. Una diferencia comparable de estatus puede observarse a nivel europeo; la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales es mucho más vinculante, en los hechos, que la Carta Social Europea. En relación con el continente americano, se puede observar un fenómeno similar, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen más fuerza en materia de DCP que de DESC, a pesar del progreso innegable que constituye la entrada en vigor del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC (Protocolo de San Salvador).

14

A pesar de la Declaración de Teherán (1968) y de la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), todos ellos afirmando con mucha solemnidad la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos, el tratamiento de los DESC ha sido -y sigue siendo- muy diferente al tratamiento de los DCP. Antes de entrar en el tema mismo de la exigibilidad, puede ser útil subrayar algunas diferencias concretas en el tratamiento de las dos series de derechos:

- La aplicación de los derechos civiles y políticos es inmediata. Conforme el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto"…y los Estados Partes se comprometen a garantizar recursos efectivos en caso de violación de los derechos. La aplicación de los DESC es progresiva,

5. En adelante, PIDESC.

dice el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵: “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.”

Esta aplicación progresiva es fuente de muchos malos entendidos y de una cierta inacción de los Estados que interpretan, a veces, este artículo en forma errónea, con la idea que no crea ninguna obligación inmediata.

- La creación del Comité de Derechos Humanos está prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los artículos 28 y siguientes definen el Comité, su composición, su modo de elección, sus facultades, la fecha de su entrada en vigor, y obligan al Secretario General de las Naciones Unidas a proporcionarle “el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de sus funciones en virtud del presente Pacto” (artículo 36). Eso significó que, apenas entró en vigor el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos tuvo la facultad de velar eficazmente a su aplicación.

Nada similar fue previsto para PIDESC: ni la creación de un Comité, ni la obligación del Secretario General de darle medios de funcionamiento, ni siquiera el procedimiento formal de presentación de informes por los Estados Partes. Dicha presentación está mencionada en el artículo 16 del Pacto, en términos bastante vagos: los informes son presentados al Secretario General de Naciones Unidas, “quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que los examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto”. La consecuencia de esta imprecisión fue una verificación bastante caótica e ineficaz de la aplicación del Pacto en los primeros años, y un retardo importante en la creación de un Comité de expertos independientes, que se concretó por una decisión del ECOSOC en mayo de 1985. Finalmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tuvo su primera sesión en 1987, once años después de la entrada en vigor del Pacto.

- En 1976, al mismo tiempo que el PIDCP, fue adoptado un Protocolo Facultativo reconociendo “la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto” (artículo 1 del

Protocolo Facultativo) A la fecha no ha sido todavía adoptado un Protocolo similar para garantizar una mejor exigibilidad de los DESC, y parecería que el proceso de adopción de un eventual Protocolo será todavía muy demorado.

Para ilustrar esta visión algo pesimista, cabe recordar que, en 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena solicitó al Comité de DESC la preparación de un proyecto de protocolo facultativo. El Comité adoptó un proyecto después de amplios debates, internos y externos, con expertos, Estados y ONGs, entre otros, y lo transmitió a la Comisión de Derechos Humanos en diciembre del año 1996. El tema del Protocolo Facultativo figuró en la agenda de la Comisión de Derechos Humanos cada año entre 1996 y 2002, sin que se note un avance significativo en la voluntad de los Estados de adoptarlo. No se han hecho esfuerzos serios para iniciar una reflexión sobre las dificultades, la necesidad o la pertinencia de un Protocolo. En 2001, la Comisión nombró un Experto independiente para revisar el proyecto del Comité, consultar a los Estados Partes, y hacer propuestas. Todavía no se ha creado un grupo de trabajo permanente en el seno de la Comisión de Derechos Humanos, encargado de un estudio tanto teórico como práctico del tema de la exigibilidad concreta de los DESC a través de comunicaciones, individuales o colectivas, que permitirían una verificación en los hechos de la aplicación del Pacto por los Estados Partes.

Parecería que ningún Estado miembro de la Comisión de Derechos Humanos está dispuesto a promover una iniciativa positiva, a partir del proyecto existente o de otro alternativo.

Possiblemente, esta actitud “prudente” se puede explicar por una falta de conocimiento del contenido real de los derechos protegidos por el PIDESC y de las obligaciones de los Estados Partes. Es probable que el carácter algo polémico de la justiciabilidad de los DESC siga vigente, a pesar de los esfuerzos del Comité para explicitar progresivamente el contenido de cada uno de los derechos, a través de sus Observaciones Generales. La sociedad civil es cada día más consciente de la importancia de los DESC y de la necesidad de traducir concretamente la indivisibilidad de los derechos humanos de los discursos a los hechos. Hay que señalar, sin embargo, que después de la adopción del Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el PIDESC es el único instrumento universal de derechos humanos que no dispone de un protocolo facultativo.

A pesar de este examen preliminar que puede parecer un poco negativo, es indispensable reafirmar los principios de universalidad, indivisibilidad y complementariedad de los derechos humanos y luchar

incansablemente por la igualdad de estatus de los DESC y de los DCP, para conseguir progresivamente la exigibilidad de todos los derechos.

Por eso, es necesario analizar primero el contenido del artículo 2 del Pacto que fija las obligaciones de los Estados a la luz, en particular, de la Observación General Nro 3 del Comité, de los principios de Limburgo y Maastricht y de la práctica del Comité a lo largo de sus 15 años de experiencia.

Aun cuando el artículo 2 referido considere una realización paulatina y tome en cuenta las restricciones económicas, impone varias obligaciones con efecto inmediato: el compromiso de “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” (artículo 2.1) y de “garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (artículo 2.2).

Esas dos obligaciones, tomar medidas y garantizar la no-discriminación, no están condicionadas ni limitadas por ninguna otra consideración. Esto significa, claramente, que las medidas tendientes a lograr el objetivo de la plena realización de los derechos deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto. Es importante subrayar que la obligación de tomar medidas lo más pronto posible se impone a cualquier Estado, a partir de la ratificación del Pacto, sin excusarse detrás del nivel de riqueza o de pobreza del país, siendo posible recurrir a la cooperación internacional.

17

Si bien el artículo 2 menciona la adopción de medidas legislativas, es obvio que se trata de un mínimo aceptable, cuando la legislación nacional no está en conformidad con el Pacto, por ejemplo en materia de discriminación en general o en materia de discriminación contra la mujer. Pero la fórmula “por todos los medios apropiados” es mucho más amplia: si bien le corresponde a cada Estado escoger los medios que le parezcan más apropiados, el Comité recomienda la adopción de planes de acción a corto, mediano o largo plazo, que puedan incluir medidas administrativas, presupuestarias, judiciales, etc...teniendo en cuenta la necesidad de medir los progresos realizados a través de la utilización de indicadores nacionales.⁶ Los recursos

6. cf. Párrafo 98 del plan de acción de Viena de 1993 que recomienda la utilización de indicadores en materia de DESC

judiciales efectivos son también medidas apropiadas para garantizar el respeto de los DESC considerados justiciables en la legislación interna: la discriminación, por ejemplo, tiene que ser considerada justiciable en cualquier sistema, como también la seguridad de “un salario equitativo e igual por un trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie”, o la libertad sindical, la protección de los niños y adolescentes, el derecho a la vivienda y la prohibición de expulsiones forzadas no previstas por la ley, la libertad de establecimiento de instituciones de enseñanza o la libertad para la investigación científica y la actividad creadora.

La interpretación del Comité de esta “efectividad progresiva” del Pacto implica una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible, con miras a lograr el objetivo de la plena efectividad de los DESC y, una prohibición de tomar medidas de carácter deliberadamente retroactivo.

Según la Observación General Nro 9 del Comité, los Estados deben tratar de incorporar el contenido del Pacto en su legislación interna, por los medios que considere apropiados. Pero, por lo menos, debe tomar en cuenta dos principios del derecho internacional: el primero resulta del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”, y el segundo está enunciado en el artículo 8 de la DUDH: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

18

La obligación mínima impuesta a todos los Estados Parte es la de “asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”. En materia de DCP, se utiliza el concepto de “derechos inderogables”, aún en periodo de estado de excepción o de urgencia. El derecho internacional humanitario hace también referencia a los derechos inderogables, lo que se llama a veces el “núcleo duro” de los derechos humanos, el mínimo que no se puede derogar, cualquiera que sean las circunstancias.

Esta noción de derechos inderogables es y debe ser pertinente en materia de DESC: la privación de alimentos esenciales, de atención primaria de salud, de abrigo y vivienda básicas o de enseñanza básica, constituye una violación caracterizada de las obligaciones contenidas en el Pacto.

Los Estados deben utilizar “hasta el máximo de los recursos de que dispongan” para satisfacer prioritariamente esas obligaciones mínimas y proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad, con los recursos propios del Estado o “mediante la asistencia y la cooperación

internacionales". Esto implica, paralelamente, la obligación de los países más ricos, de ayudar a los Estados más pobres, por intermedio de la cooperación, bilateral o multilateral, o a través de su participación en los programas de ayuda de Naciones Unidas.

Ahora bien, qué comprenden concretamente las obligaciones de los Estados Parte? En sus últimos comentarios generales⁷ el Comité ha insistido en la definición ahora clásica de las obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos, que distingue un triple contenido en la obligación: respetar, proteger y satisfacer (y/o facilitar), que debe aplicarse a cada uno de los derechos contemplados en el Pacto:

- Respetar implica tomar medidas, en particular legislativas, en conformidad con el Pacto, evitar tomar medidas susceptibles de impedir el ejercicio de los derechos, no interferir en la libertad del ejercicio de los derechos, no interferir en la libertad de acción y el uso de los recursos propios de los individuos o grupos en la satisfacción de sus necesidades económicas, sociales y culturales .
- Proteger implica tomar medidas para impedir intromisiones de terceros en el ejercicio de los derechos .
- Satisfacer y facilitar, o garantizar, implica tomar medidas concretas para permitir el goce de los derechos por los particulares, los grupos y la comunidades, en particular cuando esos individuos o grupos son incapaces de ejercer esos derechos con sus propios medios.

19

Esas tres vertientes de las obligaciones de los Estados se conjugan con la obligación general de no discriminación de ninguna clase. Eso implica la adopción de medidas especiales, incluyendo leyes y políticas diferenciales, tanto para las mujeres como para los grupos más vulnerables (niños, ancianos, personas con discapacidad, enfermos, refugiados, comunidades indígenas, grupos en condición de pobreza extrema, etc....).

La adopción por los Estados de estrategias, o planes de acción para lograr la vigencia plena de los DESC con un sistema verificable de indicadores nacionales es, para el Comité, de una gran importancia: se trata de instituir un instrumento para medir los progresos, partiendo de la realidad nacional, cualquiera sea el nivel de desarrollo del país. En efecto, si existen indicadores internacionales, del PNUD para el desarrollo social en general, o de la FAO para la nutrición o la

7. Comentario General Nro. 12 sobre el derecho a la alimentación, Comentario General Nro. 13 sobre el derecho a la educación y Comentario General Nro. 14 sobre el derecho a la salud.

alimentación, o de la OMS para la salud, es fundamental tener puntos de referencia nacionales, verificables tanto por el Estado como por la sociedad civil, que debe ser consultada en la elaboración de tales planes y en su seguimiento.

El Comité, a lo largo de su diálogo con los Estados Parte, ha recomendado que los planes de acción sean participativos, asociando a los sectores implicados en los programas, definiendo prioridades aceptadas por la población e instituyendo un control por parte de la misma. Por ejemplo, se ha verificado que los planes de construcción y acondicionamiento de los barrios precarios son mucho más eficaces y económicos si los fondos del Estado se distribuyen a los mismos moradores para facilitar la auto-construcción, en vez de concebir un plan centralizado desde el Estado: más adecuados a las necesidades y prácticas culturales de los pobladores, más aceptados y más duraderos. Podrían multiplicarse los ejemplos de una mejor eficacia en relación con todas las áreas cubiertas por el Pacto, obtenida por la sola concertación.

El PIDESC crea obligaciones para los Estados, y el Comité está en condiciones de verificar si los Estados Partes cumplen o no cumplen con sus obligaciones. A partir del compromiso suscrito por los Estados con la ratificación del Pacto, el diálogo constructivo que se establece con el Comité, públicamente y con la asistencia activa de la sociedad civil, puede permitir un avance en la realización de los DESC.

20

Si el diálogo con los Estados, previsto por el Pacto es fácil, es mucho más aleatorio involucrar en el cumplimiento de los DESC a las instituciones financieras o comerciales internacionales, las empresas nacionales o transnacionales, los individuos y la sociedad en general. Sólo los Estados están habilitados para ratificar los instrumentos internacionales, pero los derechos humanos, patrimonio universal, se imponen o deberían imponerse a todos. Es, para el Comité, un tema de preocupación permanente, en el que se ha avanzado algo en los últimos años.

El Pacto prevé un cierto nivel de participación de los organismos especializados de Naciones Unidas en la vigilancia de los DESC: el artículo 16, ya citado, dispone que el Secretario General transmita a los organismos especializados copias de los informes presentados por los Estados Partes, “en la medida en que tales informes o parte de ellos tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos”. Y el artículo 18 indica que el ECOSOC podrá concluir acuerdos con los organismos especializados “sobre la presentación por tales organismos de informes relativos al cumplimiento de las disposiciones de ese Pacto que corresponden a su campo de actividades”.

En la práctica, varios organismos han participado activamente en los trabajos del Comité desde el inicio de su trabajo, en particular la OIT, la FAO, la OMS, y, más recientemente, el ACNUR y la UNESCO. Para examinar la aplicación de los artículos 6 a 9 del PIDESC⁸, el Comité dispone, en cada sesión, de todas las informaciones pertinentes de la OIT, en particular las observaciones y recomendaciones de la Comisión de Expertos Independientes sobre la aplicación por los Estados Partes de los convenios pertinentes⁹. Las últimas observaciones generales del Comité han sido elaboradas con la participación activa de la FAO (derecho a la alimentación), de la UNESCO (derecho a la educación) y de la OMS (derecho a la salud). El PNUD, en su acción de cooperación, toma cada día más en cuenta los derechos humanos y, en particular, los DESC, como lo muestran los últimos informes sobre el desarrollo humano, particularmente el informe del año 2000, que contiene una parte enteramente consagrada a los derechos humanos. Hasta hace poco, las relaciones eran más distantes con las organizaciones financieras, Fondo Monetario Internacional (FMI) y Banco Mundial, o comerciales como la Organización Mundial de Comercio (OMC), pero es interesante notar que se están obteniendo ciertos progresos; el Comité se reunió varias veces con las organizaciones financieras, y en mayo del 2001, un seminario de un día con el Banco Mundial, el FMI, la OMC, organismos especializados de las Naciones Unidas, varias ONGs, expertos y el Comité permitió avanzar en la problemática de la aplicabilidad de los DESC a las instituciones internacionales.

El Comité nota que la mayoría de los Estados Partes de los organismos financieros o comerciales han ratificado el PIDESC. Sería lógico, en consecuencia, que la dimensión “derechos humanos” esté presente en la definición de las políticas de estos organismos. No se puede aceptar la tesis, sostenida por ciertos juristas del FMI, según la cual los instrumentos internacionales de derechos humanos no se imponen a las instituciones financieras, en particular porque su carta o su reglamento interno no lo prevé, o por que no han participado en su elaboración. No se debe olvidar nunca que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se aplica a todas las organizaciones internacionales; el párrafo 2 menciona, en efecto, que “Una organización internacional parte de un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento del tratado”. Si bien las instituciones financieras no son parte del PIDESC, la DUDH es de alcance universal y debe imponerse a todos.

8. Referidos a derechos laborales, derecho al trabajo, derechos sindicales, seguridad social
9. Se trata, entre otros, de los Convenios sobre trabajo forzado, trabajo de los niños, libertad sindical, salario mínimo, condiciones de trabajo, pueblos indígenas y tribales, etc...

En noviembre del 1999, el Comité adoptó una declaración destinada a la tercera Conferencia Ministerial de la OMC en Seattle, invitando en particular a los miembros de esta organización a velar para que sus obligaciones en materia de derechos humanos sean consideradas como prioritarias en sus negociaciones, y formulando el voto de una colaboración entre el Comité y la OMC en la implementación de los derechos enunciados en el Pacto. Se puede decir que esta colaboración, aunque todavía insuficiente, ha comenzado.

Se considera en el Comité que, en las transacciones macroeconómicas y en la aplicación de políticas de ajuste estructural, tanto los organismos financieros o comerciales como los Estados beneficiarios de la ayuda, deben tomar en cuenta los DESC y evitar incurrir en violaciones, en particular, con los sectores más pobres o marginados de la sociedad. La experiencia del Comité, sacada en particular de las declaraciones de varios Estados sometidos a políticas de ajuste estructural, voluntarias o impuestas, muestra que dichas políticas se caracterizan por lo general, por privatizaciones, reducción de los presupuestos sociales, obligación de pago de la deuda externa, reducción de los déficits, y que los resultados se miden en términos macroeconómicos, sin tomar en cuenta las consecuencias humanas sobre los más pobres, los más vulnerables.

En términos de derechos humanos, los resultados son casi siempre negativos: aumento de la pobreza de los más pobres, reducción del acceso a la salud, a la educación, a la vivienda. Los ejemplos recientes de la acción del FMI, en particular en Argentina, ilustran esta visión pesimista, sin necesidad de comentarios adicionales.

22

La vinculación de las empresas privadas, nacionales o multinacionales al PIDESC es todavía más difícil de abordar, pero el Comité ha notado con satisfacción que las empresas empiezan a adoptar códigos de conducta o lineamientos de ética social, adecuando sus actividades -lo más posible- al respecto de los derechos humanos. La Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, en junio de 1998, constituye una guía interesante para la definición de los derechos inderogables o intangibles a los cuales se deberían someter las empresas: libertad de asociación y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, eliminación de toda forma de trabajo forzado o obligatorio, abolición efectiva del trabajo de los niños, eliminación de la discriminación en materia de empleo y de profesión. En este campo, es alentador notar la acción concreta de la sociedad civil para hacer realidad la justiciabilidad de ciertos derechos económicos, sociales o culturales. Un ejemplo reciente es la acción dirigida contra ciertos laboratorios para exigir que se utilicen medicinas "genéricas" en la lucha contra el Sida-HIV, en África del sur o en Brasil: para evitar un proceso difícil y una publicidad

negativa, los laboratorios han decidido no insistir en la protección de sus patentes. En el enfrentamiento entre el derecho a la salud o la defensa de la vida humana, y el derecho a la protección de una patente y de intereses comerciales, ganó el derecho a la salud y a la vida .

A pesar de las resistencias todavía fuertes, la conciencia sobre la necesidad de hacer pasar la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos de los discursos a la realidad concreta se hace cada día más aguda, en particular en las ONGs. La exigibilidad de los DESC pasa por esta toma de conciencia, tanto de los Estados como de los organismos especializados, de la sociedad civil, de las empresas.

Actualmente, 145 Estados han ratificado el PIDESC. Es un número significativo, pero hay que actuar para que aumente y para que se tomen iniciativas para la adopción de un protocolo facultativo, que haría mas efectiva la exigibilidad de los DESC. Es necesario también que los Estados Partes cumplan con su obligación de presentar informes al Comité, en concertación con la sociedad civil, y que hagan esfuerzos por cumplir con las recomendaciones del Comité.

La garantía de mecanismos de protección jurídica de los DESC es esencial para asegurar su exigibilidad, y, en la medida de lo posible, su justiciabilidad ante los tribunales nacionales.

La voluntad de los Estados de elaborar planes de acción concertados con la ciudadanía, transparentes, públicos y verificables, centrados en la persona humana y buscando un mejor nivel de disfrute de todos los derechos humanos para toda la población contribuye a hacer efectiva la exigibilidad de los DESC. En la negociación de los convenios financieros o comerciales internacionales, los Estados deberían establecer mecanismos de consulta popular, para verificar, en particular, el impacto de tales convenios en la situación de los más pobres .

La lucha para erradicar la pobreza, que sigue siendo un obstáculo mayor a la realización de todos los derechos humanos debe ser una prioridad nacional para todos los países.

La exigibilidad de los DESC necesita una acción concertada y resuelta de las ONGs. La resistencia al concepto de exigibilidad no se nota solamente en las políticas estatales; existe también en muchas ONGs, que todavía no han dado prioridad a los DESC en sus programas de acción. Es necesario profundizar la reflexión sobre este tema y llevar el combate por la exigibilidad de los DESC a la par con el combate por la exigibilidad de los DCP. Los ejes de acción son múltiples; se pueden identificar algunas direcciones: campañas de información y acción por la adopción de un Protocolo Facultativo al PIDESC, difusión y análisis del Pacto, preparación de informes paralelos cada vez que un país

presenta su informe al Comité, utilización de las conclusiones y recomendaciones del Comité en el diálogo de las sociedades civiles con los Estados, acciones en los Tribunales para defender cada uno de los derechos protegidos por el Pacto, etc... Si se han obtenido resultados concretos en materia de exigibilidad de los DCP y de lucha contra la impunidad, no hay que dudar que se puede hacer lo mismo por los DESC, con acciones decididas.

Justiciabilidad de derechos económicos, sociales y culturales: la experiencia de la OIT*

Lee Slepston**

La Organización Internacional del Trabajo¹ (OIT) es el más antiguo y mayor de los sistemas de creación de normas y desde su nacimiento, en 1919, ha establecido mecanismos a través de los cuales los derechos contenidos en sus normas pueden ser exigidos a nivel internacional. Este sistema se encuentra en permanente desarrollo y, actualmente, es utilizado para una variedad de asuntos.

Por otra parte, la justiciabilidad de estas normas a nivel nacional ha crecido y están siendo utilizadas de diferentes formas en varios países.

El sistema de la OIT sirve para ilustrar el potencial de la justiciabilidad internacional. Este sistema reúne muchas de las características que definen este tipo de protección:

- puede ser utilizado por un grupo bien definido de actores;
- tiene reglas claras de accesibilidad y procedimiento;
- sus conclusiones son tan claras como lo permiten las normas que debe aplicar;
- es razonablemente rápido;
- cubre una amplia gama de derechos.

25

Tiene además impacto a nivel nacional:

- sus normas son elaboradas por actores nacionales tripartitos;
- sus normas son regularmente traducidas en derecho nacional;
- han sido elaboradas de forma tal que son fácilmente invocadas ante los tribunales internos;
- la asistencia de la OIT refuerza su uso a nivel nacional.

* Ponencia presentada en el Seminario sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame, en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 27 de julio de 2002. Original en inglés. Traducción de Juana Kweitel.

** Director, Sección de Igualdad y Empleo. Coordinador de Derechos Humanos. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra.

1. En adelante, OIT.

Por otra parte, ilustra una de las mayores diferencias entre la justiciabilidad a nivel nacional e internacional de los mismos derechos: la aplicación de normas a nivel internacional tiene un efecto que es positivo y measurable, pero el impacto de las normas internacionales es realmente efectivo sólo cuando es traducido en normas y procesos nacionales que pueden ser puestos en funcionamiento y exigidos a nivel nacional.

Por último, cabe señalar que si bien la justiciabilidad de derechos a nivel internacional tiene un efecto persuasivo, debe de todos modos gozar de efecto interno a través de procesos nacionales. Situaciones en las cuales decisiones supra-nacionales tienen efecto directo a nivel interno son escasas -por ejemplo algunos de los procesos de la integración europea son directamente aplicables a nivel nacional. Los sistemas universales, especialmente los de las Naciones Unidas y la OIT, no poseen este tipo de aplicabilidad directa.

Los ejemplos que hemos dado, en los cuales los tribunales nacionales hacen referencia directa a normas o decisiones internacionales, representan el puente más efectivo entre la justiciabilidad a nivel internacional y nacional. Este tipo de soluciones debe ser el objetivo de los sistemas internacionales de creación de normas a largo plazo.

I. Justiciabilidad en el marco del sistema de la OIT

El sistema de supervisión de la OIT es complejo, y no será descrito aquí en detalle². Sin embargo, cierto grado de comprensión de sus diferentes mecanismos es necesario para apreciar los comentarios que haremos a continuación. A este fin hemos incluido seguidamente una breve descripción.

26

La OIT y los derechos económicos, sociales y culturales

Desde su creación en 1919, al mismo tiempo que fue creada la Liga de las Naciones, la OIT se ha concentrado en la adopción y supervisión de Convenios y Recomendaciones que reúnen tanto obligaciones como derechos en todas las áreas relacionadas al trabajo y a veces aún más allá³.

2. Ver Manual sobre Procedimientos en Materia de Normas Internacionales del Trabajo, OIT - también disponible en el sitio web de la OIT y en el CD-ROM de ILOLEX.
3. El "mundo del trabajo" es una expresión práctica y claramente integra el aspecto central del mandato de la OIT. Sin embargo, las preocupaciones OIT se extienden más allá de la estricta definición de este término. Por citar sólo dos ejemplos, el Comité de la OIT de Libertad Sindical ha tomado la posición de que la huelga puede estar dirigida a políticas económicas que vayan más allá de las directamente relevantes para la industria en cuestión. La OIT ha adoptado en dos oportunidades (en 1957 y en 1989) normas referidas a pueblos indígenas y tribales para todos el sistema de la ONU, que van mucho más allá de las actividades económicas de estos pueblos.

Estos instrumentos internacionales son elaborados por la Conferencia Internacional del Trabajo, cuyo excepcional sistema tripartito⁴ le otorga credibilidad adicional a sus decisiones.

¿En qué medida estos derechos pueden ser caracterizados como derechos económicos, sociales y culturales? Lo son, como lo demuestra el hecho de que subyacen y desarrollan los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los artículos 6 a 10 del Pacto están basados en Convenios de la OIT adoptados al momento en que el Pacto fue elaborado (en 1966). La OIT ha continuado desde entonces adoptando (y revisando) los Convenios. Los informes regulares de la OIT al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵ incluyen referencias a más de 110 Convenios que desarrollan con mayor detalle varias de las provisiones del Pacto -enumeradas en el Anexo I de este artículo.

La OIT nunca prestó atención a la división teórica y artificial entre las dos categorías de derechos contenidas en los dos Pactos Internacionales de la ONU. Las normas de la OIT demuestran claramente que la división entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, es artificial y está basada simplemente en la redacción de dos Pactos separados. Las normas de la OIT contienen los dos tipos de derechos, sin distinciones. Por otra parte, no sólo los dos Pactos comparten normas que también pueden ser encontradas en las normas de la OIT, sino que los mecanismos de supervisión de la OIT han reiterado frecuentemente que los derechos contenidos en sus normas sólo pueden ser gozados cuando los derechos humanos son respetados en forma general en una sociedad.

El contenido de las normas de la OIT es tan amplio como las normas nacionales del trabajo. La OIT adoptó 184 Convenios y 195 Recomendaciones hasta 2002, cubriendo asuntos tales como derechos humanos fundamentales, políticas de empleo, seguridad social, administración del trabajo, seguridad e higiene, pueblos indígenas y

4. Todas las reuniones y consultas de la OIT son tripartitas, esto quiere decir que participan organizaciones de trabajadores y empleadores como también gobiernos. En la Conferencia de la OIT, el poder de negociación y votación a nivel de Comisiones (donde el trabajo básico es realizado) es dividido en forma igualitaria entre gobiernos, grupos de trabajadores y de empleadores; mientras que en la reunión plenaria de la Conferencia los gobiernos tienen la mitad de los votos, y los representantes de empleadores y trabajadores un 25% cada uno. El sistema tripartito se reproduce en gran parte a nivel nacional.
5. En adelante CDESC.

tribales, protección de grupos especiales de trabajadores, trabajadores marítimos, entre otros. La mayoría de este vasto cuerpo de normas está sujeto a revisión, y la actualización regular de sus normas es una de las características del sistema de la OIT. Recientemente, durante una de las revisiones periódicas de las normas de la OIT, la Organización definió que 71 de estos Convenios como completamente actualizados, para concentrarse más de cerca en un núcleo más pequeño y coherente de normas⁶. Decidió también priorizar algunos de estos instrumentos como indispensables para el desarrollo nacional, y por ello a ser ratificados y aplicados con mayor urgencia que los otros –*los Convenios sobre derechos humanos fundamentales*.

En este sentido, la OIT ha señalado los Convenios básicos en cuatro aspectos, como aquéllos que deben ser ratificados y aplicados prioritariamente. Estos son:

- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (No. 87)
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (No. 98)
- Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (No. 29)
- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (No. 105)
- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (No. 100)
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (No. 111)
- Convenio sobre la edad mínima, 1973 (No. 138)
- Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (No. 182)

28

Estas normas han sido también adoptadas en la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.⁷

Los mecanismos de la OIT de supervisión: el sistema regular tiene elementos de justiciabilidad

En el sistema de supervisión de la OIT, elementos de justiciabilidad pueden ser encontrados, tanto como parte integral del sistema de informes periódicos, como a través de los mecanismos para la tramitación de peticiones.

6. Documento de la OIT GB.283/LILS/5 (Rev.), 283ra Sesión del Consejo de Administración, Marzo, 2002.
7. Conforme se verá más adelante.

En la OIT, la mayor parte de la supervisión es realizada sobre la base de informes periódicos de los gobiernos, presentados en intervalos de uno a cinco años, según las normas y prácticas de cada uno de los Convenios ratificados por los Estados⁸. Esto genera un promedio de entre 1.500 y 2.000 informes provenientes de los gobiernos por año, que son examinados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). La CEACR es el principal órgano de supervisión de la OIT, está compuesto por 20 expertos independientes provenientes de todas partes del mundo y se reúne una vez por año en Ginebra. La CEACR adopta comentarios en forma de **solicitudes directas** (estas solicitudes son dirigidas directamente al gobierno en cuestión y no son públicas inmediatamente) y **observaciones** que son publicadas en el Informe Anual de la CEACR, y también se encuentran disponibles on-line y en CD-ROM⁹.

Es importante destacar que existe un elemento de "justiciabilidad" en el sistema básico de informes. Según el artículo 23 de la Constitución de la OIT organizaciones de empleados y trabajadores tienen el derecho de formular comentarios en relación a los informes de los gobiernos. Los gobiernos deben, en función de esta norma, enviar copias de sus informes sobre los Convenios ratificados a las organizaciones de empleadores y trabajadores más representativas a nivel nacional. Lo más recomendable es que estas organizaciones sean consultadas durante el proceso de elaboración del informe, para permitir de este modo que los problemas sean abordados antes de que el informe sea enviado, sin embargo esta práctica no es obligatoria¹⁰; estas organizaciones también tienen el derecho de dirigir sus comentarios separadamente a la OIT, ya sea directamente o como un anexo al informe del Gobierno.

Esta práctica se ha transformado en una suerte de mecanismo de "soft" de denuncia incluyendo la posibilidad de que un nacional de otro país manifieste su desacuerdo con la forma en que el gobierno en cuestión está aplicando el Convenio (o como describe su aplicación) y de este modo

8. Un grupo de 12 Convenios "prioritarios" requieren informes cada dos años -éstos son los instrumentos básicos de la OIT sobre libertad sindical y negociación colectiva, trabajo forzoso, trabajo infantil y discriminación, dos Convenios sobre inspección en el trabajo (Nros. 81 y 129), los referidos a políticas de empleo (Nro. 122) y consultas tripartitas sobre normas internacionales del trabajo (Nro. 144). Informes sobre los demás Convenios deben ser presentados cada cinco años. Los órganos de supervisión de la OIT pueden solicitar informes con mayor frecuencia. Ver MANUAL en ILOLEX, disponible en el sitio web de la OIT, ver *infra*.
9. Ver el sitio web de la OIT www.ilo.org. Todos los documentos mencionados en este artículo son publicados en ILOLEX. Solicitudes directas también son publicadas allí, aunque un poco más tarde.
10. Este procedimiento está contemplado más directamente en el Art. 5 del Convenio sobre Consultas Tripartitas, 1976 (Nro. 144), que ha sido ratificado por más de 100 países.

requiera implícitamente a la CEARCR que se manifieste sobre el asunto. El procedimiento es simple: una organización de trabajadores o empleadores envía una carta a la OIT expresando que existe un problema con la aplicación del Convenio. Si el gobierno no tiene aún esta comunicación, la OIT envía una copia de la carta al gobierno y solicita que formule los comentarios que considere pertinentes. Sobre la base de este intercambio la Comisión indica si consideró que los comentarios eran fundados, y puede solicitar al gobierno que provea mayores explicaciones o que adopte medidas para controlar el problema (alternativamente, las organizaciones de trabajadores o empleadores pueden solicitar al gobierno que formule sus comentarios y observaciones directamente en la memoria que presentará, acelerando de este modo la comunicación y reduciendo la necesidad de correspondencia).

Ésta es la opción que la OIT recomienda a los potenciales peticionarios adoptar, al menos en primera instancia. Cada año se registran entre 200 y 300 casos, en relación a 2.000 Memorias de los gobiernos. Esta posibilidad también estimula a los gobiernos a realizar consultas previas para evitar el riesgo de un comentario fundado en el artículo 23 que genera trabajo extra y vergüenza para el gobierno. Este procedimiento produce generalmente una modificación positiva de la situación e incluso es importante cuando simplemente resulta en una explicación más clara.

Un segundo elemento de justiciabilidad resulta de la posibilidad de que el gobierno sea convocado ante la Conferencia Internacional del Trabajo para rendir cuentas por la aplicación de los Convenios. La Conferencia establece un Comisión tripartita en cada sesión anual para examinar el informe de la Comisión de Expertos¹¹. La Comisión de la Conferencia selecciona anualmente unos 25 casos del Informe de la Comisión de Expertos para analizar con mayor profundidad e invita a los gobiernos aludidos a asistir a la sesión y proveer explicaciones sobre los casos. Si bien este procedimiento no representa exactamente el significado dado al término "justiciabilidad", permite a las organizaciones de trabajadores y empleadores (y potencialmente a otros gobiernos, aunque generalmente otros gobiernos no toman una papel activo en la selección o discusión de los casos), tornar a los gobiernos públicamente responsables y realizar una "audiencia" pública sobre la aplicación del Convenio referido. Uno de los criterios utilizados por la Comisión de la Conferencia para la selección de casos -aunque no formal-, es la existencia de comentarios anteriores en virtud del artículo 23 por parte de trabajadores o empleadores.

11. La Comisión de Expertos y la Comisión de la Conferencia fueron creados en 1926 como dos elementos del mismo procedimiento de supervisión. Los informes de la Comisión de la Conferencia, así como los de la Comisión de Expertos son publicados en los tres idiomas en el sitio web de la OIT.

Este procedimiento es usualmente efectivo, y cumple con su función. Por ejemplo, con fundamento en los comentarios realizados por los órganos de supervisión de la OIT, *Brasil* fue citado por la Conferencia Internacional del Trabajo para rendir explicaciones sobre Convenio sobre la discriminación (Empleo y Ocupación), 1958 (No. 111) y a responder acusaciones de esterilizaciones forzosas de mujeres por parte de empleadores y la falta de mecanismos para formular demandas por discriminación. La asistencia de la OIT durante cinco años ayudó al gobierno a adoptar una nueva legislación al respecto y a crear mecanismos de queja, así como a evaluar la efectividad de estas medidas. Irán fue citado frecuentemente por la Comisión para discutir la aplicación del Convenio No. 111, y desde 1999 esto ha llevado a una serie de visitas de la Oficina al país, asistencia técnica para reducir la discriminación, y a propuestas de mayor asistencia para aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo. Existen muchos más ejemplos.

Peticiones sobre Convenios ratificados

La práctica que la mayoría de las personas reconocería como justiciabilidad internacional sería el establecimiento por parte de la OIT de un mecanismo de denuncia internacional. La OIT no ha desarrollado tal sistema de denuncias individuales, y no existe actualmente la posibilidad de que lo haga. Esta certeza deriva de su estructura tripartita y de la naturaleza colectiva de su proceso de toma de decisiones. Existen sin embargo, dos tipos de mecanismos de denuncia creados en virtud del marco constitucional de la OIT y un tercero fue agregado en 1951 a través de un acuerdo entre la OIT y la ONU.

31

Reclamaciones pueden ser formuladas en virtud de los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT, y Reglas de Procedimiento fueron adoptadas para regular su tramitación. Este mecanismo puede ser utilizado exclusivamente por organizaciones de empleadores o trabajadores que aleguen que un país no ha tomado las medidas necesarias para garantizar la observancia de un Convenio que ha ratificado. El Consejo de Administración decide, luego de recibir la reclamación, si la envía al gobierno aludido y lo invita a hacer una presentación al respecto. Si la reclamación es enviada al gobierno y éste no realiza su presentación durante un "período razonable de tiempo", o si el Consejo de Administración no considera la presentación satisfactoria, puede publicar la reclamación y la presentación del gobierno. Este mecanismo fue utilizado excepcionalmente hasta el fin de la década de 1970, pero desde entonces su uso ha aumentado¹².

12. Sólo 14 reclamaciones fueron presentadas entre el fin de la Segunda Guerra Mundial y 1978, pero desde entonces llegan reclamaciones con mucha mayor frecuencia.

En la práctica, según las Reglas de Procedimiento aplicables a la materia¹³, una vez que la reclamación es declarada admisible el Consejo de Administración crea una Comisión Tripartita *Ad Hoc* para analizar la reclamación, compuesta por un integrante del gobierno, un empleador y un trabajador del Consejo de Administración. La Comisión otorga al gobierno un período de tiempo para responder a las alegaciones, y al peticionario una o más oportunidades para remitir información adicional, que también es remitida al gobierno para que responda. La Comisión examina la reclamación sobre la base de la correspondencia, y normalmente no requiere a las partes concurrir a una audiencia o realizar una investigación *in loco*, aunque tiene más flexibilidad de la que normalmente utiliza en estas cuestiones.

Si la reclamación alega una violación del Convenio sobre Libertad de Sindical, es remitida al Comité de Libertad Sindical (ver *infra*), que la examinará de acuerdo a sus procedimientos regulares.

Hubo durante los últimos años reclamaciones muy interesantes, que invocaron cuestiones de interés que exceden los aspectos técnicos del trabajo. Una reclamación presentada en 1998 en virtud del Convenio sobre la discriminación (Empleo y Ocupación) de 1958 (No. 111) abordó la cuestiones relacionadas con el trabajo las personas de origen eritreo expulsadas de Etiopía durante la guerra, y una contra-reclamación sobre los mismos hechos relacionados con las personas de origen etíope en Eritrea. En este caso fue decidido que si bien los hechos no habían sido establecidos claramente, si hubiesen ocurrido como alegaban los reclamantes ambos países hubieran violado las obligaciones del Convenio contra la discriminación en el trabajo fundada en el origen nacional¹⁴.

32

Otro importante grupo de reclamaciones tiene que ver con el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (No. 169). Fueron registradas reclamaciones durante los últimos años contra: Bolivia, Colombia, Dinamarca, Ecuador y en especial contra México¹⁵. La mayoría de los casos se refiere al derecho a la tierra, y alegan desalojos ilegales luego de procesos de consulta inadecuados que no tomaron realmente en consideración la opinión de los pueblos indígenas involucrados y el impacto. En cada uno de estos casos el Comité de la OIT decidió que si bien no tenía poder para decidir conflictos individuales sobre tierras, podía pronunciarse sobre el

13. Reglas de Procedimiento sobre el examen de reclamaciones, OIT, Boletín Oficial LXIV, Series A, No. 1, pp. 93-95 -ver también Manual de Procedimientos, op cit.

14. Documento de la OIT GB.282/14/5, disponible en ILOLEX.

15. Todos los informes finales se encuentran disponibles en ILOLEX.

procedimiento por el cual los pueblos indígenas perdieron sus tierras -y en cada caso encontró que el procedimiento había sido inadecuado. Una de las reclamaciones (Dinamarca) exploraba si un grupo de Inuit podía ser definido como un pueblo separado (no en las circunstancias de Groenlandia, según el Comité) y si correspondía una compensación por el desalojo de 1952 para una base aérea norteamericana, que también resultó en la pérdida de vidas humanas. En este caso el Comité opinó que el procedimiento a nivel interno había sido adecuado, y que decisiones anteriores debían mantenerse. Finalmente, un grupo de reclamaciones fue presentado, y se encuentra en estudio, alegando que las recientes reformas legales realizadas en México violan el Convenio¹⁶.

Quejas. Bajo el artículo 26 de la Constitución, cuando dos países han ratificado un convenio, una queja puede ser presentada por uno contra otro, alegando que no ha adoptado las medidas necesarias para la efectiva vigencia del convenio referido. El Consejo de Administración puede también iniciar este procedimiento "por *motu proprio*" en los términos del artículo 26, o en base a una queja de un delegado de la Conferencia (este método ha sido el más utilizado en años recientes). El Consejo de Administración puede comunicar la queja al gobierno contra el cual la acusación fue realizada, para que formule los comentarios que considere necesarios. Si el Consejo de Administración no considera necesaria esta comunicación, o si no recibe una respuesta satisfactoria durante un plazo razonable, puede crear una Comisión de Encuesta para que analice la queja y le informe. Este procedimiento no fue utilizado con éxito hasta 1961, también en este caso la frecuencia de las presentaciones ha aumentado.

33

La Comisión de Encuesta está integrada por tres expertos independientes nombrados por el Director General con la aprobación del Consejo de Administración. La Comisión examina el caso, usualmente realizando audiencias y visitas *in loco*. Somete un informe en el que sistematiza los hechos, formula recomendaciones sobre las medidas que deben ser adoptadas e indica el plazo en el cual dichas medidas deben ser tomadas. El Informe es remitido al Consejo de Administración y a los gobiernos involucrados, y finalmente es publicado. El gobierno aludido debe indicar en el plazo de tres meses, si acepta o no las recomendaciones de la Comisión de Encuesta y, si no las acepta, si desea someter el caso a la Corte Internacional de Justicia. La Corte puede confirmar, modificar o anular las conclusiones o recomendaciones de la Comisión de Encuesta. La decisión de la Corte no está sujeta a apelación. (Esta facultad nunca ha sido utilizada).

16. Al momento de escribir este documento estas reclamaciones se encuentran todavía en consideración.

En un caso reciente, sin embargo, el artículo 33 fue el foco de atención en relación a Myanmar (Birmania) aunque nunca antes había sido invocado. Este artículo permite que en el caso en que un país no obedezca la decisión de la Comisión de Encuesta, el Consejo de Administración recomiende a la Conferencia Internacional del Trabajo que adopte "las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones". Después de muchos años de comentarios de la Comisión de Expertos y una reclamación, una queja fue presentada por delegados de la Conferencia alegando la existencia de trabajo esclavo en Myanmar, impuesto a los campesinos en las condiciones más brutales por parte de los militares. La Comisión de Encuesta no obtuvo autorización para entrar en el país, pero investigó en profundidad en los campos aledaños al área, dialogó con otros gobiernos, y realizó audiencias en la zona y en Ginebra en las que recogió las pruebas presentadas por ONGs y víctimas. El Gobierno, que no cooperó con la investigación, rechazó las acusaciones por infundadas. En esta instancia el Consejo de Administración recomendó una serie de medidas a la sesión del año 2000 de la Conferencia Internacional del Trabajo. Estas medidas eran (de acuerdo con la resolución adoptada sobre el tema durante la Conferencia):

- 34 a) decidir que la cuestión de la aplicación de las recomendaciones de la Comisión de Encuesta y del Convenio Nro. 29 por parte de Myanmar se trate en una sesión de la Comisión de Aplicación de Normas, especialmente dedicada a tal efecto, en las futuras reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo, mientras no se haya demostrado que este Miembro cumple sus obligaciones;
- b) recomendar al conjunto de los mandantes de la Organización, gobiernos, empleadores y trabajadores que: i) habida cuenta de las conclusiones de la Comisión de Encuesta, examinen las relaciones que puedan mantener con el Estado Miembro en cuestión y adopten medidas adecuadas con el fin de asegurarse de que dicho Miembro no pueda valerse de esas relaciones para perpetuar o desarrollar el sistema de trabajo forzoso u obligatorio a que hace referencia la Comisión de Encuesta y de contribuir en la medida de lo posible a la aplicación de sus recomendaciones; ii) faciliten al Consejo de Administración informes apropiados y a intervalos oportunos;
- c) en lo que respecta a las organizaciones internacionales, invitar al Director General a que: i) informe a las organizaciones internacionales a las que se refiere el párrafo 1 del artículo 12 de la Constitución sobre el incumplimiento del Miembro; y ii) solicite a las instancias competentes de estas organizaciones que examinen en el marco de su mandato y a la luz de las

conclusiones de la Comisión de Encuesta toda cooperación que eventualmente mantengan con el Miembro en cuestión y, dado el caso, pongan fin lo más rápidamente posible a toda actividad que pueda redundar en forma directa o indirecta en la consolidación del trabajo forzoso u obligatorio;

- d) en lo que se refiere más concretamente a la Organización de las Naciones Unidas, invitar al Director General a solicitar la inscripción de un punto en el orden del día de la reunión de julio de 2001 del Consejo Económico y Social (ECOSOC) relativo al incumplimiento por parte de Myanmar de las recomendaciones que figuran en el informe de la Comisión de Encuesta con miras a la adopción de recomendaciones dirigidas por el ECOSOC, por la Asamblea General, o por ambos, a los gobiernos y a los demás organismos especializados, con demandas análogas a las propuestas en los apartados b) y c) anteriores;
- e) invitar al Director General a presentar un informe al Consejo de Administración, de forma adecuada y a intervalos oportunos, sobre los resultados de las acciones expuestas en los apartados c) y d) que preceden, y a informar a las organizaciones internacionales pertinentes de cualquier avance efectuado por Myanmar en la aplicación de las recomendaciones de la Comisión de Encuesta.

Desde entonces el Consejo de Administración, la Comisión de Expertos y la Conferencia han realizado un seguimiento del tema, y una Oficina de Enlace fue establecida en Myanmar para monitorear la implementación de las recomendaciones de la Comisión de Encuesta¹⁷.

35

Procedimientos especiales sobre libertad sindical. En 1947, como resultado de iniciativas del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) y sobre la base de discusiones previas que llevaron a la adopción de los Convenios básicos sobre libertad sindical (Nos. 87 y 98), la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó una resolución por la cual invitó al Consejo de Administración a examinar la posibilidad de crear un órgano especial para la protección de los derechos sindicales. Esta decisión se fundó en que por un lado, los procedimientos contemplados en la Constitución de la OIT sólo eran aplicables a Convenios ratificados, y por otro en que los temas relativos a la libertad

17. Para información posterior sobre este asunto, ver Documento OIT GB.285/4 (OIT Consejo de Administración, sesión 285, noviembre de 2002) en el sitio web de la OIT, op. cit.

sindical eran tan importantes y específicos (ya que los problemas que surgían eran generalmente más de hecho que de derecho) que resultó necesario crear un procedimiento especial que pudiera ser aplicado independientemente de la ratificación de los Convenios.

El Consejo de Administración decidió en enero de 1950 crear una Comisión de Investigación y Conciliación en Materia Sindical y adoptó sus términos de referencia, la base para sus procedimientos y criterios de composición. El mandato de la Comisión es examinar quejas presentadas por el Consejo de Administración, cuando considera una investigación justificada y el gobierno aludido la consintió (si no ha ratificado los Convenios sobre libertad sindical). Este último requisito impidió a la Comisión funcionar durante muchos años. El Consejo de Administración decidió en 1951 crear un comité especial integrado por sus propios miembros para llevar adelante una investigación previa sobre los casos.

El Comité sobre Libertad Sindical fue concebido originalmente como un "órgano de filtro" para la Comisión de Investigación y Conciliación en Materia Sindical, pero en la práctica rápidamente comenzó a recomendar al Consejo de Administración que llame la atención de los gobiernos sobre las anomalías que notaba. De hecho, se transformó en un órgano especializado que regularmente examina quejas, sin requerir el consentimiento del gobierno aludido. Ha desarrollado sus procedimientos a lo largo de los años, con la aprobación del Consejo de Administración. Hasta 2002 el Comité había examinado más de 2.000 casos, y desarrollado una "jurisprudencia" que clarifica los principios y normas de los Convenios sobre libertad sindical¹⁸.

36

El Comité está compuesto por nueve titulares y nueve suplentes, y se reúne tres veces por año en Ginebra. Desde hace algunos años, tiene un presidente independiente designado por el Consejo de Administración. Las quejas sólo pueden ser presentadas por gobiernos o por organizaciones de empleadores o de trabajadores. Estas organizaciones deben ser organizaciones internacionales que tengan estatus consultivo ante la OIT (Confederación Internacional de Sindicatos Libres, Confederación Mundial del Trabajo, Confederación Mundial de Sindicatos y la Organización Internacional de Empleadores) u otras organizaciones internacionales cuando los casos afectan directamente organizaciones nacionales afiliadas a ellas.

El Comité examina casos relativos a la legislación aplicable a los sindicatos, negociación colectiva y huelga, y más frecuentemente

18. Ver Digesto de Decisiones y Principios sobre Libertad Sindical del Comité del Consejo de Administración, Cuarta Edición (Revisada), OIT, 1996, disponible en su versión actualizada en el sitio web de la OIT (ILOLEX).

cuestiones relativas a medidas concretas que afectan los sindicatos y en particular a los trabajadores. Además de estas cuestiones, los problemas más frecuentemente examinados por el Comité se refieren al derecho de huelga y negociación colectiva, la disolución o suspensión de las organizaciones, y medidas de discriminación anti-sindicales.

La acción del Comité ha llevado, directa o indirectamente, a la liberación de líderes sindicales. Sus actividades tienen además un aspecto preventivo. La sola presentación de una queja normalmente lleva a que el gobierno intente resolver el problema o se abstenga de adoptar las medidas que violan los principios de la libertad sindical, para evitar que el caso se torne público a nivel internacional.

La Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo

En su 75 aniversario, en 1994, la OIT comenzó a reflexionar sobre la necesidad de actualizar y revitalizar su sistema de normas que había crecido mucho. El Consejo de Administración y la Conferencia discutieron la posibilidad de una "cláusula social"¹⁹, así como la posibilidad de fortalecer el sistema de supervisión permitiendo peticiones contra países que no hayan ratificado los Convenios²⁰, pero ninguna de estas propuestas reunió suficiente apoyo. Finalmente, la OIT tomó un enfoque innovador, que recibió gran apoyo por parte de los empleadores y paulatinamente también de los demás actores involucrados. En 1998 esta propuesta se transformó en la *Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*.

37

Esta Declaración es un llamado de todos los Miembros a "respetar, promover y satisfacer de buena fe" los principios y derechos relativos a:

- la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación

Como parte del mecanismo de seguimiento de la Declaración, los gobiernos que no han ratificado todos los Convenios fundamentales de la OIT sobre cada uno de los asuntos mencionados más arriba, deben

19. El término cláusula social es utilizado para referirse a medidas que condicionan privilegios comerciales al respeto de las normas fundamentales del trabajo.

20. Además del procedimiento ante el Comité de Libertad Sindical, creado en 1951 precisamente para este fin.

elaborar un informe anual sobre la implementación de estos principios. Organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho, en virtud del artículo 23 de la Constitución, de someter sus comentarios sobre estos informes, tal como lo hacen en relación a los informes sobre los Convenios ratificados, y así lo hacen con frecuencia. Cuando somete la síntesis de estos informes al Consejo de Administración, el Comité Especial de Expertos Asesores creado a este fin, puede llamar la atención sobre casos que considera que deben ser discutidos con mayor profundidad.

Un *Informe Global* anual sobre uno de los cuatro principios es elaborado por el Director General para examinar la forma en que este principio es implementado y analizar la asistencia de la OIT. El resultado es un Plan de Acción adoptado cada año en la sesión de noviembre del Consejo de Administración de la OIT, que debe servir como base para una asistencia de la OIT enfocada en la corrección de los problemas encontrados.

La novedad de la Declaración es que es *puramente promocional y no un mecanismo de supervisión*. Los Informes sobre su aplicación no son un nuevo tipo de mecanismo de denuncia, sino la base para descubrir qué es lo que está pasando en el mundo en relación a estas cuatro áreas, y para implementar una nueva característica de esta Declaración: contiene una obligación para la OIT de asistir a los Miembros a alcanzar estos objetivos.

38

La OIT ha llevado adelante ya tres rondas completas de informes y discusiones. Países que no han ratificado algunos de los Convenios han informado, y estos informes han sido publicados y estudiados por un nuevo grupo expertos independientes en enero-febrero cada año desde el año 2000²¹. El Consejo de Administración ha discutido esta compilación en su sesión de marzo, y ha formulado comentarios. El primer Informe Global, sobre libertad sindical y negociación colectiva, fue publicado en marzo de 2000 y discutido en la Conferencia de junio de 2000. La última parte del primer ciclo fue la discusión del Plan de Acción sobre libertad sindical por parte del Consejo de Administración en noviembre de 2000. El segundo informe, dedicado a trabajo forzoso, fue discutido por la Conferencia en junio de 2001, y seguido por los informes sobre trabajo infantil (2002) y discriminación (2003) antes de recomenzar un nuevo ciclo.

21. OIT: Revisión de los Informes Anuales seguimiento de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, Parte II: Compilación de Informes Anuales (OIT, Ginebra, cada año desde 2000).

Los procedimientos descritos en este documento forman un sistema complejo e interactivo para definir internacionalmente derechos relacionados al mundo del trabajo, para supervisar su implementación a nivel nacional, y para resolver cuestiones sobre su significado y si están siendo debidamente implementados. Medir adecuadamente el impacto de estos procesos es complejo y difícil, pero ninguno de los actores involucrados directamente en él dudaría sobre su efectividad. La mayoría de los gobiernos toma sus obligaciones seriamente. Gran parte de las "violaciones" tienen lugar como resultado de la falta de capacidad o el fracaso de los mecanismos nacionales, y no por una acción voluntaria en ese sentido. Cuando este tipo de acción existe, se debe por ejemplo, a diferencias ideológicas sobre los límites a la libertad de expresión y de asociación, como ocurrió en los países comunistas antes del fin de la Guerra Fría.

Una evaluación completa de la efectividad de la justiciabilidad, y de las normas en sí mismas, debe también tomar en consideración la forma en que estas normas son implementadas a nivel nacional. Como será detallado a continuación, esto ocurre de diferentes modos en los diversos países.

II. Justiciabilidad de las normas de la OIT en los sistemas nacionales

Este artículo no explorará más la cuestión de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel internacional. La afirmación de que estos derechos son directamente justiciables no necesita de mayor fundamento, sin embargo el modo en que esta justiciabilidad opera es aún poco conocido y debe ser más divulgado²².

39

El Centro de Capacitación Internacional de Turín (Italia) está desarrollando una base de datos que reúne ejemplos de la jurisprudencia nacional que utiliza derecho internacional, y especialmente derecho internacional del trabajo. Una versión preliminar (del 3 de mayo de 2002) está compuesta por sumarios que explican cómo la norma internacional fue utilizada en cada caso.

En cuanto a la OIT, varias cuestiones deben ser destacadas:

Primero, las normas de la OIT generalmente proveen una base para leyes y reglamentos nacionales referentes a derechos de los trabajadores y empleadores, y el sistema normativo que los rodea. Estas normas son usualmente incorporadas directamente en el derecho

22. En este sentido, ver la sistematización incluida como Anexo II, que se refiere tanto a las normas de la OIT como a otros tratados internacionales.

nacional del trabajo o de la seguridad social, e incluso en la Constitución, o son utilizadas como fuente para la elaboración de proyectos de ley.

En los sistemas *monistas*, los tratados internacionales se incorporan directamente en la legislación nacional una vez que son ratificados, o adquieren jerarquía superior a la ley y pueden ser directamente exigidos ante los tribunales locales. Existen muchos ejemplos de este tipo, algunos de ellos serán indicados a continuación. En los sistemas *dualistas*, los tratados internacionales, incluso luego de ratificados, no pueden ser directamente invocados y es necesaria una acción legislativa posterior que los traduzca en derecho interno. Esta inclusión en el derecho interno generalmente ocurre rápido en el caso de las normas de la OIT, considerando que la mayor parte del derecho del trabajo en el mundo se basa en ellas.

La especificidad de las normas de la OIT hace simple su traducción en derecho interno, incluso en el caso de normas no directamente operativas. La mayoría de las normas de la OIT contienen instrucciones explícitas sobre cómo deben ser aplicadas, mientras que a la vez dejan cierta flexibilidad para el Estado ratificador. Estas normas generalmente prescriben que, por ejemplo, pueden ser aplicadas en el derecho interno a través de legislación, regulación administrativa o negociación colectiva -tres tipos de normas que son justiciables a nivel nacional- o a través de "cualquier otro medio apropiado en la situación nacional"²³.

40

Más allá del requisito de adoptar medidas para implementar estas normas, es difícil encontrar una norma laboral elaborada en un país en desarrollo que no haya contado con algún grado de asistencia de la OIT. Esta asistencia siempre toma las normas de la OIT como punto de partida, lo que resulta en un alto grado de uniformidad del derecho nacional del trabajo, y una gran similitud con las normas de la OIT²⁴. Esto incluye esfuerzos para la armonización regional del derecho laboral, incluyendo los países del Caribe, que toman las normas de la OIT como principios básicos.

23. Sin embargo, los tribunales encuentran formas de evitar la aplicación estricta de los principios monistas y dualistas cuando necesitan fuentes para ayudarlos en la interpretación de una norma interna.
24. Esta asistencia se realiza de diversos modos. La que más responsabilidad otorga a la OIT consiste en requerir a la OIT que realice recomendaciones específicas basadas en la labor de sus funcionarios o consultores, quienes estudian la situación nacional y proponen un texto luego de discusiones con los principales actores sociales del país. Otro método consiste en elaborar un proyecto en el país, y luego enviarlo a la OIT para sus comentarios. En todo momento, hay cerca de veinte leyes nacionales del trabajo -desde un código nacional del trabajo hasta la regulación de una cuestión particular-sometidas a la OIT para su asesoramiento. Una unidad funcional de la Oficina se dedica exclusivamente a esta tarea, y se encuentra extremadamente ocupada.

La tendencia a elaborar derecho laboral nacional en conformidad con las normas de la OIT, se ve reforzada por la regular y persistente supervisión de la OIT. Cualquier incongruencia con un Convenio ratificado, genera una pregunta o una sugerencia por parte de la Comisión de Expertos o por algún otro órgano de supervisión y cada año se registran más de 150 casos reformulación de una práctica o de la legislación nacional para adecuarla mejor a las normas de la OIT como fuera señalado por la Comisión de Expertos²⁵. Los órganos de supervisión son asistidos por un cuerpo de funcionarios numeroso, que incluye especialistas en normas en la mayoría de los 14 equipos multidisciplinarios en los países en desarrollo -los cuales tienen como principal función auxiliar a los gobiernos a aplicar los Convenios que han ratificado o querrían ratificar.

Además de la incorporación directa al derecho interno, las normas de la OIT normalmente pueden ser **invocadas directamente** ante los tribunales internos, especialmente ante aquellos que tratan materias relacionadas al trabajo (derecho administrativo, tribunales del trabajo, e incluso tribunales con competencia general tratando cuestiones relacionadas al trabajo). Esto puede ocurrir ya sea porque son incorporadas directamente en el derecho interno una vez ratificadas, en virtud de la constitución nacional, o porque los tribunales asumieron la facultad de hacerlo.

Tercero, las investigaciones y las sesiones de entrenamiento realizadas por la OIT, indican que los jueces frecuentemente **utilizan las normas de la OIT para interpretar el derecho nacional**, incluso sin citarlas directamente.

41

Existen muchos ejemplos en los cuales las normas de la OIT han sido utilizadas, directa o indirectamente, en procesos judiciales internos. La aplicación de estas normas resulta más sencilla que la de otras normas internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fueron redactadas con menor grado de detalle. También es facilitado por la naturaleza especializada del derecho laboral en la legislación nacional así como por la especialización de los tribunales.

Contribuye a este proceso también la realización regular de sesiones de entrenamiento para jueces nacionales que se ocupan de cuestiones relacionadas al trabajo, ya sean jueces laborales o generales que tratan cuestiones laborales además de muchas otras. Durante estos

25. Informe de la Comisión de Expertos, Conferencia Internacional del Trabajo, 90° Sesión, 2002, paras. 111 a 114 -disponible en el sitio web de la OIT.

entrenamientos los jueces generalmente citan casos en los cuales se fundaron directa o indirectamente en las normas internacionales. Esto puede ocurrir de diversas formas. En el informe de un curso en 2001, se cita el caso de *Uganda*, un sistema dualista, en el que el derecho internacional no podía aplicarse si no era incorporado en el derecho interno. Sin embargo, tribunales adoptaron el principio de presunción de conformidad del derecho interno con los tratados y convenios internacionales ratificados, y así se utilizaron normas internacionales como guía. En un caso sobre el Convenio de la OIT sobre la discriminación (Empleo y Ocupación), 1958 (No. 111) y el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (No. 103) los tribunales se basaron en los Convenios para otorgar 12 semanas de licencia por maternidad mientras que la legislación nacional, que no respetaba las normas de la OIT, se encontraba en revisión. En otro caso en el que empleadores en vez de recapacitar a los trabajadores, utilizaron prisioneros para realizar la misma labor, los tribunales utilizando el Convenio No. 105 criticaron dicha acción. Los tribunales frecuentemente utilizaron normas internacionales del trabajo para interpretar derecho interno que era ambiguo o confuso. Otros jueces en el mismo seminario indicaron que incluso cuando no pudieron citar los Convenios directamente, los utilizan como fuente de razonamiento en su interpretación del derecho interno, en gran parte porque se basan en la investigación realizada por la Oficina Internacional del Trabajo, fueron negociados por los actores sociales luego de intensas discusiones en el marco de la OIT y representan el consenso internacional sobre las mejores prácticas en cada una de las áreas a las que se refieren.

42

Comentarios Finales

Los datos dados en este documento que demuestran que los derechos económicos sociales y culturales son justiciables a nivel internacional, y que la justiciabilidad es ejercitada frecuentemente tanto a nivel nacional como internacional, deben contribuir a eliminar la impresión de que existe alguna dificultad real de invocar estos derechos directamente para resolver conflictos. Deben servir también para demostrar que tanto los órganos internacionales como los nacionales no han encontrado obstáculos reales en la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales sean menos precisos que los derechos civiles y políticos, o en que deban ser implementados progresivamente. Las discusiones actuales sobre la necesidad de un protocolo adicional que cree un mecanismo de denuncias individuales por violaciones del Pacto pueden basarse en el hecho demostrado de que sólo se tratará de un mecanismo adicional, y que no estará creando un nuevo tipo de mecanismo. Tampoco irá en contra de la naturaleza de estos derechos. Los derechos económicos, sociales y culturales son exigibles de muchas maneras, tanto ante los sistemas nacionales como internacionales.

Anexo I

Extracto del Informe presentado por la OIT al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en abril de 2002:

PRINCIPALES CONVENIOS DE LA OIT SIGNIFICATIVOS PARA LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 6-10 Y 13 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DESC

A continuación se presenta una lista de los principales Convenios de la OIT significativos para la aplicación de los artículo 6-10 y 13 del Pacto²⁶.

Artículo 6 del Pacto

Convenio sobre el desempleo, 1919 (No. 2)
Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (No. 29)
Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933 (No. 34)
Convenio sobre el servicio del empleo, 1948 (No. 88)
Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 (No. 96)
Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (No. 105)
Convenio sobre poblaciones indígenas y tribunales, 1957 (No. 107)
Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (No. 111)
Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962 (No. 117)
Convenio sobre la política del empleo, 1964 (No. 122)
Convenio sobre la licencia pagada de estudios, 1974 (No. 140)
Convenio sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975 (No. 142)
Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (No. 156)
Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (No. 158)
Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (No. 159)
Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (No. 168) Parte II
Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (No. 169)

43

26. Existen, en particular en relación a los artículo 7 y 9 un número de Convenios sobre sectores ocupacionales (como trabajadores del transporte, trabajadores portuarios, pescadores, trabajadores agrícolas, enfermeros) o categorías de trabajadores (como trabajadores migrantes, trabajadores en áreas no metropolitanas). Estos Convenios no fueron incluidos en la presente lista.

Artículo 7 del Pacto

Remuneración

Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (No. 26)
Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951 (No. 99)
Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (No. 131)

Igual remuneración

Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (No. 100)

Condiciones de Seguridad e Higiene

Convenio sobre la cerusa (pintura), 1921 (No. 13)
Convenio sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco, 1929 (No. 27)
Convenio sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes, 1929 (No. 28)
Convenio sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (revisado), 1932 (No. 32)
Convenio sobre las prescripciones de seguridad (edificación), 1937 (No. 62)
Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (No. 81)
Convenio sobre la protección contra las radiaciones, 1960 (No. 115)
Convenio sobre la protección de la maquinaria, 1963 (No. 119)
Convenio sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964 (No. 120)
Convenio sobre el peso máximo, 1967 (No. 127)
Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (No. 129)
Convenio sobre el benceno, 1971 (No. 136)
Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977 (No. 148)
Convenio sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979 (No. 152)
Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (No. 155)
Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (No. 161)
Convenio sobre el asbesto, 1986 (No. 162)
Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, 1988 (No. 167)
Convenio sobre los productos químicos, 1990 (No. 170)
Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990 (No. 171)
Convenio sobre la inspección del trabajo (gente de mar), 1996 (No. 178)

Descanso, limitación de las horas de trabajo y vacaciones pagas

Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (No. 1)
Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921 (No. 14)
Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (No. 30)
Convenio sobre las cuarenta horas, 1935 (No. 47)
Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936 (No. 52)

Convenio sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952 (No. 101)
Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (No. 106)
Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970 (No. 132)
Convenio sobre seguridad y salud en las minas, 1995 (No. 175)
Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (No. 177)
Convenio sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques, 1996 (No. 180)

Artículo 8 del Pacto

Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (No. 11)
Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (No. 87)
Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (No. 98)
Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (No. 135)
Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (No. 141)
Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (No. 151)
Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (No. 154)

Artículo 9 del Pacto

Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921 (No. 12) 45
Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925 (No. 17)
Convenio sobre las enfermedades profesionales, 1925 (No. 18)
Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (No. 19)
Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927 (No. 24)
Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927 (No. 25)
Convenio sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933 (No. 35)
Convenio sobre el seguro de vejez (agricultura), 1933 (No. 36)
Convenio sobre el seguro de invalidez (industria, etc.), 1933 (No. 37)
Convenio sobre el seguro de invalidez (agricultura), 1933 (No. 38)
Convenio sobre el seguro de muerte (industria, etc.), 1933 (No. 39)
Convenio sobre el seguro de muerte (agricultura), 1933 (No. 40)
Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado), 1934 (No. 42)
Convenio sobre el desempleo, 1934 (No. 44)
Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, 1935 (No. 48)
Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (No. 102)
Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (No. 118)
Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (No. 121)
Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (No. 128)

Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (No. 130)

Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982 (No. 157)

Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (No. 168)

Artículo 10 del Pacto

Protección a la Maternidad (para. 2)

Convenio sobre la protección a la maternidad, 1919 (No. 3)

Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (No. 103)

Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (No. 183)

Protección de niños y jóvenes en relación al empleo y el trabajo (para. 3)

Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919 (No. 5)

Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920 (No. 7)

Convenio sobre la edad mínima (agricultura), 1921 (No. 10)

Convenio sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921 (No. 15)

Convenio sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1932 (No. 33)

Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1936 (No. 58)

Convenio (revisado) sobre la edad mínima (industria), 1937 (No. 59)

Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1937 (No. 60)

Convenio sobre la edad mínima (pescadores), 1959 (No. 112)

Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962 (No. 117)

Convenio sobre la edad mínima (trabajo subterráneo), 1965 (No. 123)

Convenio sobre la edad mínima, 1973 (No. 138)

Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919 (No. 6)

Convenio sobre el trabajo nocturno (panaderías), 1925 (No. 20)

Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), 1946 (No. 79)

Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1948 (No. 90)

Convenio sobre la cerusa (pintura), 1921 (No. 13) (artículo 3)

Convenio sobre la protección contra las radiaciones, 1960 (No. 115) (Artículo 7)

Convenio sobre el peso máximo, 1967 (No. 127) (Artículo 7)

Convenio sobre el benceno, 1971 (No. 136) (Artículo 11)

Convenio sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), 1921 (No. 16)

Convenio sobre el examen médico de la gente de mar, 1946 (No. 73)

Convenio sobre el examen médico de los menores (industria), 1946 (No. 77)

Convenio sobre el examen médico de los menores (trabajos no industriales), 1946 (No. 78)

Convenio sobre el examen médico de los pescadores, 1959 (No. 113)
Convenio sobre el examen médico de los menores (trabajo subterráneo), 1965 (No. 124)
Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (No. 182)

Artículo 13 del Pacto

Convenio sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975 (No. 142)

También se hace referencia, a la Recomendación Conjunta de la OIT/UNESCO sobre el estatus de los maestros (1966) y al trabajo del Comité Conjunto OIT /UNESCO que supervisa su aplicación.

Los derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas regionales de derechos humanos *

Dinah Shelton **

El informe 2002 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo¹ subraya la creciente frustración y desesperación percibida en varias democracias recientes; cuyos gobiernos no han sido capaces de garantizar trabajo, servicios y seguridad, paralelamente al reconocimiento de libertades personales. El resultado es una creciente frustración y la pérdida de fe en la gobernabilidad democrática, por parte de una población que se siente alienada. Como subraya el informe, varios países en desarrollo que persiguieron la democratización, han experimentado una vuelta a gobiernos más autoritarios, debido a la pobreza masiva y las tensiones económicas y sociales.² Muchos otros han fluctuado entre democracia y autoritarismo, o se han convertido en terreno fértil para extremismos y conflictos violentos.

El problema es que “económica, política y tecnológicamente, el mundo nunca ha sido tan libre y tan injusto”.³ Las potenciales consecuencias para los derechos humanos son severas. “Si los gobiernos democráticos no responden a las necesidades de la población pobre, la gente tiende a apoyar a líderes 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. En América Latina, las grandes desigualdades de ingresos y la pobreza van directamente unidas a la escasa confianza pública en las instituciones políticas y a la mayor predisposición en aceptar gobiernos autoritarios y violaciones a los derechos humanos”.⁴

* Trabajo presentado en el Seminario sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame, en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México. 26 de julio de 2002. Original en inglés. Traducción de Fernanda Doz Costa.

** Facultad de Derecho de la Universidad de Notre Dame.

1. PNUD, INFORME SOBRE DESARROLLO HUMANO 2002, PROFUNDIZAR LA DEMOCRACIA EN UN MUNDO FRAGMENTADO (2002), disponible en < <http://hdr.undp.org/reports/global/2002/sp/>>

2. Id. at 1.

3. Id.

4. Id. at 4.

Es esencial entonces que los derechos económicos, sociales y culturales sean respetados y garantizados por los gobernantes y que los organismos internacionales de derechos humanos supervisen apropiadamente la implementación de estos derechos por los Estados. Todos los sistemas regionales de derechos humanos balancean el deseo de establecer y reforzar la uniformidad de los estándares de derechos humanos, con el respeto a la diversidad de los Estados miembros. Ellos también luchan por encontrar un balance adecuado entre los derechos individuales y el interés general, entre valores que compiten como la privacidad y la seguridad nacional, o la vida familiar y la protección del medio ambiente. Estos sistemas deben encarar temas difíciles para la gobernabilidad: en particular ¿quién decide cuales son los niveles mínimos o necesarios de gastos para programas económicos, sociales y culturales? Este artículo aborda esta temática, en particular, de la manera que ha sido desarrollada en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, considerando (1) los derechos garantizados, (2) los mecanismos de supervisión de su implementación y (3) la jurisprudencia de los órganos regionales. Este artículo demuestra que varios derechos económicos, sociales y culturales han sido considerados justiciables a nivel regional y que aquéllos que litiguen casos que involucren esta temática, pueden utilizar la jurisprudencia de estos órganos de derechos humanos.

I Europa

La jurisdicción en temas relacionados a derechos humanos en Europa está conferida a tres instituciones que se superponen parcialmente: El Consejo de Europa, la Unión Europea (UE) y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). Ninguna de ellas se dedica exclusivamente a temas de derechos humanos, pero todas los consideran materia esencial para alcanzar sus objetivos. Cada una de ellas da un diferente tratamiento a los derechos económicos, sociales y culturales.

50

1- El Consejo de Europa

El Estatuto del Consejo de Europa establece que cada Estado Miembro debe aceptar los principios del Estado de Derecho y garantizar, a todas las personas sujetas a su jurisdicción, el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales.⁵ En 1950, estos mismos Estados, auto denominados como “similares y con herencias comunes en tradiciones políticas, ideales, libertades y respeto por el estado de derecho” acordaron tomar los “primeros pasos para reforzar colectivamente algunos de los derechos contenidos en la Declaración Universal de

5. Art 3, Estatuto del Consejo de Europa, 5 de mayo de 1949, E.T.S. No 1, Gr. Brit. T.S. No. 51 (Cmnd. 8969).

Derechos Humanos”⁶ y adoptaron la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (de aquí en adelante Convención Europea o CEDH).⁷ Hoy en día, una condición de facto para pertenecer al Consejo es haber adherido a la Convención Europea y a sus Protocolos⁸, condición cumplida por los 44 Estados Miembros, salvo los tres más nuevos.⁹

Quienes redactaron los borradores de la Convención Europea fueron muy cautelosos. La Convención original contenía una corta lista de derechos civiles y políticos y una afirmación única y genérica sobre las obligaciones de los Estados Partes: “Las Altas Partes Contratantes deben asegurar a todos los que se encuentren en su jurisdicción los derechos y libertades definidos en la Sección I de esta Convención”¹⁰ Durante la última mitad del siglo, las Partes Contratantes de la Convención Europea de Derechos Humanos han ampliado la lista de derechos garantizados en repetidas oportunidades y han permitido el acceso de individuos particulares al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Varios de los trece protocolos a la Convención Europea agregan derechos que son generalmente considerados dentro del catálogo de los derechos económicos, sociales y culturales. El primer Protocolo agregó, *inter alia* el derecho de propiedad¹¹ y el derecho a la

51

6. U.N.G.A. Res. 217A (III), Dec. 10, 1948, GAOR, 3rd sess., Supp. 51, U.N. Doc. A/37/51 (énfasis agregado).
7. CEDH, id. Orígenes e Historia Legislativa de la Convención , ver A.H. ROBERTSON & J.G. MERRILLS, HUMAN RIGHTS IN EUROPE (3rd ed. 1993) at 1; COUNCIL OF EUROPE, COLLECTED EDITION OF THE 'TRAVAUX PRÉPARATOIRES' OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (8 vols., 1975-85).
8. Ver Comité de Ministros, Declaración de Compromisos Asumidos por los Estados Parte del Consejo Europeo, adoptada el 10 de noviembre de 1994, reimprese en Hoja de Información N°35 (Julio-Diciembre 1994) (1995), Apéndice I, 146.
9. Los Estados Miembros hasta abril del 2002 son: Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyan, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Cyprus, República Checa, Dinamarca, España, Estonia, Federación Rusia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxemburgo, Malta, Moldova, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, San Marino, Slovakia, Slovenia, Suecia, Suiza, la “ex República Yugoslava de Macedonia”, Turquía, Ukrania. Bosnia-Herzegovina han sido aprobadas para ingresar, dejando a Yugoslavia y Belarús como los únicos países de la región que no son miembros. Los dos países miembros más recientes, Azerbaiyan and Armenia todavía no son parte de la convención.
10. Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Libertades Fundamentales (4 de Nov de 1950) [de aquí en adelante CEDH], E.T.S. 5, 213 U.N.T.S. 221 , art. 1.
11. Protocolo No. 1, Artículo 1, primero establece el principio general del goce pacífico de la propiedad, luego somete a ciertos requisitos a la privación de la propiedad. El segundo párrafo reconoce que el uso de la propiedad debe estar regulado por el Estado en favor del interés general, para asegurar el pago de impuestos, etc.

educación.¹² El Protocolo N° 12 amplió la garantía de no discriminación contenida en el artículo 14 estableciendo que “el goce de cualquier derecho establecido por ley debe ser asegurado sin discriminación de ningún tipo...” agregando que nadie debe ser discriminado por ninguna autoridad pública.¹³ Hoy en día, como J.G. Merrills ha notado “...no hay ningún aspecto de los asuntos nacionales que pueda decirse que no tiene implicancias con uno u otro de los derechos protegidos por la Convención y, consecuentemente, no hay ninguna materia de la política o la legislación nacional que no pueda eventualmente ser alcanzada por el Tribunal Europeo”.¹⁴

Los pocos derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Convención Europea han sido ampliamente litigados ante el Tribunal Europeo. El derecho a la propiedad, contenido en el Art. 1 del Protocolo N° 1, ha dado lugar a un sustancioso cuerpo de precedentes. El Tribunal ha considerado las obligaciones del Estado tanto positivas como negativas.¹⁵ Mas aún, el Tribunal ha dado una interpretación extensiva del término propiedad, incluyendo entre sus componentes los beneficios contra el desempleo¹⁶, el agua limpia¹⁷ y el derecho tradicional a la pesca de los grupos indígenas;¹⁸ proveyendo de esa manera una base que posibilita litigar numerosos aspectos de programas económicos y sociales.

El derecho a la educación también ha sido fuente de jurisprudencia considerable, particularmente en lo que respecta a los derechos lingüísticos de las minorías nacionales. Uno de los casos más recientes ante el Tribunal

12. Protocolo No. 1 a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado el 20 de marzo de 1951, entró en vigor el 18 de mayo de 1954, E.T.S. 9.
13. Protocolo No. 12 a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado el 4 de noviembre de 2000, todavía no entró en vigencia, E.T.S. 177.
14. J.G. MERRILLS, THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2nd end. 1993), 9.
15. Ver por ejemplo, Loizidou v. Turquía, 1996-VI , TEDH. 2216, 23 E.H.R.R. 513; Lithgow y otros v. Reino Unido, 102 TEDH. (Ser. A), 8 E.H.R.R. 329 (1986); Phocas v. Francia, 1996-II, TEDH (519; Selcuk & Asker v. Turquía, 1998-IT, TEDH 891 (1998); Sporrong and Lonnroth v. Suecia, 52 TEDH. (Ser. A) (1982); Holy Monasteries v. Grecia, 301-A TEDH. (Ser. A) (1994); Akkus v. Turquía, 1997-IV, TEDH. 1300.
16. Gaygusuz v. Austria, 1996-IV, TEDH 1129 (1996) (donde sostiene que hubo discriminación en razón de la nacionalidad en el otorgamiento de beneficios de asistencia de emergencia, violando el artículo 14 en conjunto con el art. 1 del Protocolo 1).
17. Zander v. Suecia, 279B TEDH (ser. A) (1993). El derecho a vivir sin contaminación de agua fue considerado como un derecho civil en la ley sueca, ligado al valor de la propiedad de la tierra para el propietario. La Corte encontró una violación al artículo 6(1), derecho a un juicio justo.
18. Johtti Sapmelaccat y otro v. Finlandia, Caso No. 42969/98, comunicado al gobierno.

Europeo, es el *Caso relacionado a ciertos aspectos del uso de los idiomas en la educación en Bélgica*.¹⁹ La mayoría del Tribunal concluyó que las reglas que regulan el acceso a escuelas de lengua francesa o de lengua belga en ciertos distritos era discriminatoria, en violación al Art. 14, leído en conjunto con el Art. 2 del Protocolo N°1. El Tribunal estableció: “el derecho a la educación garantizado por la primera parte del Artículo 2 del Protocolo necesita, por su naturaleza, de regulación estatal, regulación que puede variar en el tiempo y en el espacio de acuerdo a las necesidades y los recursos de la comunidad y sus individuos. Sin embargo, está demás aclarar que esta regulación jamás debe dañar la sustancia del derecho a la educación o entrar en conflicto con otros derechos reconocidos en la Convención” (párrafo 5). Recientemente, el Tribunal declaró admisible el caso de *Skender v. la República de la ex Yugoslavia*, que se refiere a la falta de acceso a la educación en lenguas minoritarias.

A lo largo del tiempo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo también ha expandido las obligaciones positivas de los Estados Partes con respecto a los derechos civiles y políticos, al haber interpretado y aplicado la obligación genérica de los Estados contenida en el artículo 1 de “garantizar” los derechos consagrados en la Convención a todos aquellos que se encuentren bajo su jurisdicción.²⁰ En particular, el Tribunal ha considerado el lado económico de los artículos 2, 3, 5, 6, 8 y 14. En uno de estos primeros casos, *Airey v. Irlanda*, la Corte concluyó, analizando el Artículo 6(1) de la Convención sobre el derecho a un juicio justo, que las previsiones de ayuda legal gratuita son una precondición para el ejercicio de un derecho, cuando el peticionante no puede costear un abogado.²¹ De acuerdo al Tribunal,

53

Mientras la Convención establece esencialmente derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen implicancias de naturaleza económica o social. El Tribunal considera, como la Comisión, que el mero hecho de que una interpretación de la Convención pueda extenderse a la esfera de los derechos económicos y sociales no debería ser un factor decisivo en contra de esa interpretación; no hay una división en compartimentos estancos entre esa esfera y el campo cubierto por la Convención.²²

19. 6 TEDH, (Ser. A) (1968).

20. Ver, Geoerge S. Katrougalos, The Implementation of Social Rights in Europe, 2 COLUM. J. EUR. L. 277 (1996).

21. Airey v. Irlanda, 32 TEDH, (Ser. A) (1979). Ver también R.D. v. Polonia, Sentencia del 18 de diciembre de 2001 (denegación de ayuda legal en la apelación como violación del art. 6(1)).

22. Id. párrafos. 24, 26. (la traducción es nuestra)

Los casos posteriores *Feldbrugge v. Holanda*,²³ *Deumeland v. Alemania*²⁴ y *Salesi v. Italia*,²⁵ sostienen que las decisiones referidas a los beneficios de la seguridad social deben satisfacer las garantías del debido proceso. El Tribunal en *Luedicke, Belkacem y Koç*²⁶ consideró que el derecho a un juicio justo, incluye la obligación estatal de proveer interpretación gratuita para los acusados en casos penales que hablen una lengua extranjera.

El Tribunal también ha interpretado que existen obligaciones positivas en relación a otros derechos, incluyendo el derecho a la vida²⁷ y el derecho a la vida familiar.²⁸ La Corte ha aceptado que la polución y otros daños ambientales pueden derivar en violaciones de derechos garantizados por la Convención, particularmente del artículo 8 con relación al hogar y la vida privada.²⁹

Casos más recientes han destacado las obligaciones positivas inherentes al núcleo de los artículos 2 (derecho a la vida) y 3 (protección contra la tortura y el trato o castigo inhumano o degradante). Se ha sostenido que en virtud del artículo 2(1) el Estado debe dar los pasos apropiados para salvaguardar las vidas de aquellos que viven bajo su jurisdicción, incluyendo el deber de alertar sobre posibles riesgos a la salud.³⁰ Dos casos pendientes se refieren a la responsabilidad estatal por un tratamiento médico público negligente³¹ y otro, que ha sido comunicado al gobierno, a la negativa estatal de reintegrar el monto total de una medicina costosa, indispensable para la vida del peticionante.³²

54

En sentencias recientes el Tribunal se ha avocado a examinar las condiciones de prisión.³³ En *Peer v. Grecia*, el Tribunal destacó la

23. *Feldbrugge v. Holanda*, 99 TEDH (Ser. A) (1986).

24. *Deumeland v. Alemania*, 100 TEDH (Ser. A) (1986).

25. *Salesi v. Italia*, 257-E TEDH (Ser. A) (1993).

26. TEDH, *Luedicke, Belkacem y Koç*, sentencia del 28 de noviembre de 1978, Ser. A, N° 29.

27. TEDH, *McCann v. Reino Unido*, Ser. A, No. 324 (1995).

28. TEDH, *Marckx v. Bélgica*, [1979] 2 EHRR 330 parr. 49; TEDH, *Gaskin v. Reino Unido*, [1989] 12 EHRR 36, parr. 49.

29. TEDH, *López Ostra v. España*, Ser. A N° 303-C [1994] EHRR 277; *Maria Guerra y Otros v. Italia*, [1998] EHRR 36, para. 49.

30. *L.C.B. v. Reino Unido*, sentencia de 9 de junio de 1998.

31. *V.O. v. Francia*, caso No. 53924/00, *Y Glass v. Reino Unido*, Case No. 61827/00.

32. *Nitecki v. Polonia*, Caso no. 65653/01.

33. Ver por ej., *Valasinas v. Lithuania*, sentencia de 24 Oct. 2001 y *Peers v. Grecia*, sentencia de 19 de Abril 2001.

obligación del Estado de establecer condiciones de detención apropiadas en las prisiones griegas. Considerando que debido al tamaño, iluminación y ventilación de las celdas, se había alcanzado el grado de trato inhumano y degradante en violación al artículo 3; el Tribunal notó que las autoridades no habían tomado ninguna medida para mejorar las “objetivamente inaceptables” condiciones de detención y la consecuencia fue el menoscabo de la dignidad humana del peticionante. En *Kunda v. Polonia*³⁴, el Tribunal sostuvo que el artículo 3 requiere que el Estado asegure que una persona sea detenida en condiciones que son compatibles con su dignidad humana; que la manera y los métodos de ejecutar las medidas que priven a una persona de su libertad no deben someterla a angustias o penurias de una intensidad que exceda el inevitable nivel de sufrimiento inherente a toda detención y que la salud y el bienestar deben estar adecuadamente asegurados.³⁵

Existen otros instrumentos e instituciones del Consejo de Europa más directamente relacionados a los derechos económicos, sociales y culturales. Primero, la Carta Social Europea (CSE), con sus protocolos,³⁶ provee un sistema detallado de promoción y protección de derechos económicos y sociales.³⁷ La Carta fue abierta a la firma el 18 de octubre de 1961 y entró en vigor el 26 de febrero de 1965. Fue reformada por Protocolos en 1988³⁸ y nuevamente en 1991³⁹. El Protocolo de 1991, que modifica el mecanismo de supervisión de la Carta, no ha entrado aún en vigor, debido a que requiere la ratificación de todos los Estados Partes de la Carta. Sin embargo, la mayoría de sus prescripciones han sido implementadas a través de acciones tomadas por los órganos de supervisión.

34. Caso No. 30210/96, sentencia de 26 de Oct. 2000, parr. 93-94.

35. En *Valasinas v. Lithuania*, supra nota 20, la Corte específicamente destacó que la ausencia de un adecuado suministro de papel higiénico en una prisión, podría ser un problema bajo el artículo 3.

36. Carta Social Europea, adoptada el 18 Oct. 1961, entró en vigencia el 26 Feb. 1965, E.T.S. No. 35, 529 U.N.T.S. 89.

37. Ver en general D. HARRIS, THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER (1984); Waking ‘Sleeping Beauty’: The Revised European Social Charter, 7 HUMAN RIGHTS BRIEF 24 (2000); Fuchs, The European Social Charter: Its Role in Present-Day Europe and Its Reform, in K. DRZEWICKI, C. KRAUSE & A. ROSAS, SOCIAL RIGHTS AS HUMAN RIGHTS: A EUROPEAN CHALLENGE 151 (1994). Ver también R. Goebel, Employee Rights in the European Community: A Panorama from the 1974 Social Action Program to the Social Charter of 1989, 17 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 1, 58 (1993).

38. El Protocolo de 1988 impone obligaciones legales en relación a nuevos derechos económicos y sociales. Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, adoptado el 5 de mayo de 1988, entró en vigencia el 4 Sept. 1992, E.T.S. No. 128.

39. Protocolo de Reforma de la Carta Social Europea, adoptado el 21 Oct. 1991, no entró en vigencia, E.T.S. No. 142.

Dos instrumentos adicionales han continuado la evolución de la Carta Social. Un nuevo protocolo, que entró en vigencia en 1998, que establece un sistema de quejas colectivas.⁴⁰ Finalmente, en 1996, la Carta Social Europea Revisada,⁴¹ que actualizó los documentos anteriores y sumó algunos derechos nuevos, fue abierta a la firma. Entró en vigor el 1 de julio de 1999, va a reemplazar progresivamente a la Carta original y, como texto consolidado, es el instrumento básico para el futuro.

La Carta Revisada proclama en la Parte I categorías de “derechos y principios”, incluyendo los derechos de los trabajadores, derechos individuales y familiares a la seguridad social, salud y asistencia médica. Los trabajadores migrantes, mujeres, niños y niñas, ancianos y personas con discapacidad son beneficiarios de protecciones especiales. La Parte II de la Carta Revisada define el contenido y elabora los principios generales de la Parte I. La Parte III de la Carta Revisada especifica las obligaciones de los Estados Partes, dando a cada Estado una serie de opciones. Primero, cada Estado debe “considerar a la Parte I de esta Carta como una declaración de las metas que va a perseguir por todos los medios apropiados...”⁴² Segundo, el Estado debe aceptar como vinculantes por lo menos seis de los nueve artículos⁴³ de la Parte II. En tercer lugar, cada Estado Parte tiene la obligación de seleccionar un número específico de derechos o sub categorías de derechos que acuerda cumplir.⁴⁴ Este sistema flexible fue diseñado para inducir la adhesión del máximo número de Estados posibles, obligando a todos los Estados Partes a garantizar algunos de los derechos más básicos.

56

La Carta establece un sistema de informes y un sistema de quejas colectivas para monitorear el cumplimiento estatal de sus obligaciones. El procedimiento de informes establece dos tipos de informes. El primero debe hacerse cada dos años y debe enfocarse en la

40. Protocolo Adicional a la Carta Social Europea Estableciendo el Sistema de Quejas Colectivas, adoptado el 9 de nov. De 1995, entró en vigor el 1 de julio de 1998, ETS 158.
41. Carta Social Europea (Revisada), adoptada el 3 de mayo de 1996, entró en vigor el 1 de julio de 1998, ETS 158.
42. Carta Revisada, id., art. A(1)(a).
43. Las nueve previsiones son: Artículo 1 (derecho al trabajo), Artículo 5 (derecho de asociación), Artículo 6 (derecho de negociación colectiva), Artículo 7 (derecho de los niños, niñas y adolescentes a protección especial), Artículo 12 (derecho a la seguridad social), Artículo 13 (derecho a la asistencia social y médica), Artículo 16 (derecho de la familia a protección social, legal y económica), Artículo 19 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencias especiales) y Artículo 20 (derecho a igualdad de oportunidades e igualdad de trato en temas de empleo y ocupación sin discriminación basada en el sexo).
44. Ver carta Revisada, supra nota 39, art. 21.

implementación local de aquellos derechos de la Parte II que el Estado haya aceptado.⁴⁵ El segundo informe, cuya periodicidad es determinada por el Comité de Ministros, debe enfocarse en el estado de los derechos que no han sido aceptados por el Estado Parte.

La revisión inicial del informe del Estado está a cargo del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) un grupo de nueve expertos “independientes, de máxima integridad y de competencia reconocida en cuestiones sociales internacionales”, elegidos por el Comité de Ministros.⁴⁶ Ellos evalúan si el Estado ha cumplido con sus compromisos y emiten opiniones legales sobre la compatibilidad de las prácticas y leyes nacionales de los Estados Partes con las obligaciones asumidas en la Carta- El CEDS transmite sus conclusiones al Subcomité Social Gubernamental del Consejo de Europa, compuesto por representantes de los Estados. El Subcomité Gubernamental presenta sus conclusiones *ad referendum* del Comité de Ministros. El Comité de Ministros puede hacer las recomendaciones necesarias a cualquiera de las Altas Partes Contratantes.

Probablemente el cambio más significativo al sistema CSE sea la incorporación, a través del Protocolo Adicional, de un mecanismo de peticiones colectivas. A la vez que abre el proceso a actores no estatales, el mecanismo difiere notablemente del procedimiento judicial del Tribunal Europeo. Primero, el procedimiento del CEDS tiene una legitimación activa limitada. Autoriza peticiones sobre “aplicaciones insatisfactorias de la Carta” (art. 1) interpuestas por alguno de los siguientes tipos de grupo: organizaciones internacionales de empleados y sindicatos que participen en el trabajo del Comité Gubernamental de acuerdo al Artículo 27(2); otras organizaciones internacionales no gubernamentales con estatus consultivo ante el Consejo de Europa e incorporadas a una lista especial realizada por el Comité Gubernamental; y organizaciones nacionales de empleados o sindicatos en lo que concierne al Estado Contratante. Cada Estado puede también declarar que acepta el derecho de sus organizaciones no gubernamentales nacionales a entablar peticiones contra ellos. El Artículo 3 del Protocolo especifica que las organizaciones no gubernamentales internacionales y las nacionales (...) pueden presentar peticiones (...) sólo con referencia a aquellas materias en las cuales hayan sido reconocidas con competencia especial”.

45. Carta Revisada, supra nota 39, art. 21.

46. Carta Social Europea, supra nota 34, art 25. La Carta hace referencia a un Comité de Expertos de siete miembros, pero el Consejo de Europa ha dado aplicación en el ínterin a los cambios previstos por el protocolo de 1991 y extendió el número de expertos, también cambiando el nombre del Comité.

Las peticiones colectivas son examinadas por el CEDS, que primero determina la admisibilidad y luego examina las peticiones admitidas sobre las bases de las presentaciones escritas y alguna audiencia llevada a cabo. El Comité prepara un informe con su examen de la petición y las conclusiones a las que ha arribado. Ese informe es transmitido al Comité de Ministros, la organización peticionante y los Estados Partes. Sobre la base de ese informe, el Comité de Ministros adopta una resolución, que puede contener recomendaciones al Estado demandado. En el momento en que la resolución es adoptada, o cuatro meses después de que el Comité de Ministros recibió el informe, la Asamblea Parlamentaria también lo recibe y el mismo se hace público. El Estado debe enviar información sobre las medidas adoptadas para cumplir con las recomendaciones.⁴⁷

Los primeros dos años luego de que el Protocolo entrara en vigor, se registraron diez peticiones. La primera, *Comisión Internacional de Juristas v. Portugal*⁴⁸, trataba sobre trabajo infantil en violación del art. 7(1) de la Carta. El CDES transmitió el informe con sus decisiones sobre el fondo de la demanda al Comité de Ministros, que estuvo de acuerdo en que había una violación a la Carta.⁴⁹ Varias de las demandas subsiguientes fueron contra Francia, Italia, Portugal y Grecia en relación al derecho de las fuerzas armadas de organizarse y hacer reclamos colectivos. El trabajo forzado fue alegado en una demanda de la *Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos v. Grecia*⁵⁰. EL CDES transmitió el informe con las violaciones a la Carta encontradas al Comité de Ministros el 12 de diciembre de 2000; luego fueron hechas las recomendaciones al gobierno.

58

La Carta Europea sobre Lenguas Regionales y Minoritarias de 1992⁵¹ y la Convención Marco para la Protección de Minorías Nacionales de 1995⁵²,

47. Protocolo Adicional, supra nota 38, art. 10.

48. Petición No. 1/1998.

49. Comité de Ministros, Resolución ChS (99)4 del 15 de Diciembre, 1999.

50. Petición No. 7/2000.

51. Carta Europea para Lenguas Regionales o Minoritarias, adoptada el 5 de nov. de 1992, entró en vigor el 1 marzo de 1998, ETS 148. Solo 16 Estados habían ratificado esta Convención en marzo de 2002. En adelante, Carta sobre Lenguas.

52. Convención Marco para la Protección de Minorías Nacionales, adoptada el 1 de febrero de 1995, entró en vigor el 1 de febrero de 1998, ETS 15, reimpreso en 2 INT'L HUM RTS REP 217 (1995). La Convención ha sido aceptada por más de las dos terceras partes de los miembros del Consejo de Europa, tanto por Estado del oriente como del occidente. Los cuatro primeros Estados en ratificarla tienen importantes problemas de minorías: España, Hungría, Rumanía y Eslovaquia. Yugoslavia, un Estado que no es miembro, es parte de la Convención. Adicionalmente Armenia y Bosnia-Herzegovina han ratificado el tratado antes de unirse al Consejo de Europa. El término "marco", ampliamente usado en acuerdos ambientales, indica que la Convención establece objetivos y principio generales pero no especifica los detalles de implementación de los Estados Partes.

comenzaron a encarar los problemas de los derechos de las minorías, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales. El énfasis está puesto en las protecciones lingüísticas, sin embargo la Carta sobre Lenguas fue pensada más para cumplir objetivos culturales, tales como “proteger y promover las lenguas regionales o minoritarias como un aspecto amenazado de la herencia cultural europea”, que como un medio de protección y promoción de minorías nacionales o regionales. La Convención Marco tiene esta denominación porque es en primer lugar una declaración de principios más que un detallado conjunto de obligaciones. La supervisión de su cumplimiento es hecha a través de un sistema de Informes de Estados al Comité de Ministros, el cual es asistido por un comité asesor de expertos. En el informe explicatorio que acompaña la Convención, las limitaciones de la misma aparecen claramente. Un ejemplo particularmente desafortunado es el párrafo 82, donde se comenta acerca de la residencia y la reubicación; el comentario explica que la reubicación de habitantes de una aldea para construir una represa sería “totalmente justificada y legítima”.

2- La Unión Europea

Fuera del Consejo de Europa y posterior a su creación, seis de los Estados Partes originales⁵³ se movilizaron para reducir las barreras económicas entre ellos a través del establecimiento de Comunidades Europeas.⁵⁴ En una evolución paralela a la del Consejo de Europa, las Comunidades han acrecentado el número de miembros⁵⁵ y han

53. Los miembros originales de las Comunidades Europeas fueron Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y Holanda.

54. La Comunidad Europea de Carbón e Hierro, (ECSC), La Comunidad Europea de Energía Atómica (Euratom) y La Comunidad Económica Europea (EEC) son las tres comunidades que forman parte de la Unión Europea. Ver, Tratado estableciendo la Comunidad Europea de Carbón e Hierro, 18 de abril de 1951, 261 U.N.T.S. 140 (vencimiento en 2002), Tratado estableciendo la Comunidad Europea de Energía Atomica , 25 de marzo de 1957, 298 U.N.T.S. 167 ; y Tratado estableciendo la Comunidad Económica Europea, 25 de marzo de 1957, 298 U.N.T.S. 11, enmendados por el Tratado de la Unión Europea, 7 de febrero de 1992, O.J. C 224 1 (1992)[de aquí en adelante TUE] y el Tratado de Ámsterdam enmendando el Tratado de la Unión Europea, los tratados estableciendo las Comunidades Europea y Algunos Actos relacionados, 2 de octubre de 1997, O.J. C 340 1 (1997)[de aquí en adelante Tratado de Ámsterdam]. Una versión consolidada de los múltiples cambios aparece en la Versión Consolidada del Tratado Estableciendo la Comunidad Europea, 10 de Nov., 1997, O.J. C 340 3 (1997).

55. Hay 15 Estados Miembros en la actualidad: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Suecia y el Reino Unido. Casi la misma cantidad de Estados han solicitado ser incorporados como miembros: Bulgaria, Chipre, Estonia, Eslovenia, Eslovaquia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Rumania, República Checa y Turquía.

aminorado el poder de sus instituciones⁵⁶, formando finalmente, primero, el combinado de la Comunidad Europea (CE) y luego la Unión Europea (UE).⁵⁷ donde uno de los tres pilares es la Comunidad Europea. Los otros dos pilares son las Disposiciones Relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común (TEU, Titulo V) y las Disposiciones Relativas a la Cooperación en los Ámbitos de la Justicia y de los Asuntos Internos (TEU, Titulo VI).

En los inicios, los tratados que crearon las comunidades contenían unas pocas garantías de derechos humanos⁵⁸, dedicándose primordialmente a la integración económica. Los objetivos sociales fueron concebidos en un primer momento, como una manera de corregir las distorsiones del mercado y la competencia desleal. Con el paso del tiempo, sin embargo, la ausencia de derechos humanos trajo aparejada una creciente cantidad de problemas, a medida que los roles y el poder de las Comunidades Europeas se expandía y sus actividades legislativas y administrativas tenían un creciente impacto en los derechos de los individuos y las compañías.⁵⁹ La CEJ consagró, primero en Van Gend en Loss,⁶⁰ y luego en Costa v. ENEL,⁶¹ el principio básico de que la ley de la CE prevalecía sobre las leyes nacionales de los Estados Miembros. A pesar de que no existía ningún sistema de derechos humanos aplicable a las instituciones de la Comunidad en el ejercicio de sus poderes supranacionales, las doctrinas de la aplicabilidad y el efecto directo preservaron la supremacía de las leyes comunitarias.⁶² Las

60

56. Las cuatro instituciones del CE son: el Consejo, la Comisión, el Parlamento y la Corte. El Consejo es el cuerpo primario de creación de políticas, con un representante de cada Estado. La Comisión tiene 20 miembros, cada uno de los cuales es responsable de uno o más de los 26 "comisarios" que gobiernan varias de las actividades de la CE. En conjunto ellos emplean alrededor de 20.000 civiles. La Comisión también tiene el poder exclusivo de iniciar actos legislativos. El Parlamento, con 626 miembros, es elegido directamente y participa en el proceso legislativo pero no tiene poderes absolutos de creación de leyes. La Corte está formada por 15 jueces, uno de cada Estado Miembro.
57. Tratado de la Union Europea, O.J. No. C 224, 31 de Agosto, 1992.
58. Unas cuantas provisiones contenían garantías específicas. Ver por ej. Tratado de la CE, art. 6 [1992] C.M.L.R. at 591 (no discriminación basada en la nacionalidad); Tratado consolidado de la CE, art. 141, O.J. C 340/3, at 242 (1997) (art. 119 del tratado de la CE)(principio de igualdad de oportunidades y trato igualitario para hombres y mujeres en temas de empleo y ocupación, incluyendo igual trabajo o trabajo equivalente).
59. La CE tiene poderes legislativos para adoptar directivas vinculantes para los Estados Partes.
60. Caso 26/62, Van Gend & Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen, [1963] E.C.R. 1, 2 C.M.L.R. 105 (1963).
61. Caso 6/64, Costa v. ENEL, [1964] E.C.R. 585, 3 C.M.L.R. 425 (1964).
62. La aplicabilidad directa deriva del artículo 249 (las regulaciones son directamente aplicables en todos los Estados Miembros) mientras que la doctrina del efecto directo establece que la ley comunitaria que es clara, precisa e incondicional, de manera que ninguna acción extra de la Comunidad o las autoridades nacionales es requerida, puede ser exigida directamente por los actores privados a las instituciones nacionales. Ver T.C. HARTLEY, THE FOUNDATIONS OF EUROPEAN COMMUNITY LAW, 206-7, 215 (4^o ed. 1994).

Cortes de Alemania e Italia, casi inmediatamente se mostraron preocupadas acerca de que la supremacía de la legislación de la CE entrara en conflicto con las protecciones constitucionales de derechos humanos.⁶³

Para evitar potenciales conflictos con las cortes nacionales, la CJE estableció en una serie de decisiones que el respeto por los derechos fundamentales forma parte integral de los principios generales del derecho, que el Tribunal debe aplicar al interpretar los tratados comunitarios.⁶⁴ En *Stauder v. Ciudad de Ulm*, la CJE estableció una doctrina según la cual los derechos humanos fundamentales son venerados como principio general del derecho comunitario y protegidos por el Tribunal.⁶⁵ En *Internationale Handelsgesellschaft*,⁶⁶ la CJE consagró el principio de la autonomía del derecho de los derechos humanos, es decir que la validez de la legislación de la CE sería juzgada por los criterios autónomos que la CE tenía respecto de derechos humanos fundamentales. En el caso Nold, la Corte de Justicia sostuvo que:

Los derechos fundamentales son una parte integral de los principios generales del derecho, cuya observancia (esta Corte) asegura. En la salvaguarda de estos derechos la Corte está obligada a encontrar inspiración en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros, y no puede en ese sentido tomar medidas que sean incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y protegidos por las constituciones de esos Estados. Similamente, los tratados internacionales de protección de derechos humanos en los cuales los Estados Miembros han colaborado o de los cuales son signatarios, pueden ser tomados como guías que deben ser tenidas en cuenta, en el marco de la legislación comunitaria.⁶⁷

Para indagar sobre la naturaleza de estos derechos, hay que observar la Convención Europea de Derechos Humanos, incluyendo la jurisprudencia

63. La aplicación directa deriva del Artículo 249 (las regulaciones son directamente aplicables en todos los Estados Miembros) mientras la doctrina del efecto directo generalmente sostiene generalmente que la ley comunitaria que es clara, precisa e incondicionada, sin que ninguna acción posterior sea requerida por la Comunidad o por las autoridades nacionales, debe ser cumplidos por las partes privadas ante instituciones nacionales. Ver T.C. HARTLEY, THE FOUNDATIONS OF EUROPEAN COMMUNITY LAW 206-7, 215 (4th ed. 1994).
64. Ya en 1970, el ECJ consideró que los derechos humanos eran un aparte integral de la Comunidad jurídica. Caso 11/70, *International Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle fur Getreide und Futtermittel*, [1970] E.C.R. 1125.
65. Caso 29/69, *Stauder v. Ciudad de Ulm*, [1969] ECR 419, 9 CMLR 112 (1970).
66. *International Handelsgesellschaft*, supra note 79.
67. Caso 4/73, *Nold, Kohlen und Baustoffsgroßhandlung v. Comisión*, [1974] E.C.R. 491, 507, [1978] 2 C.M.L.R. 183.

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En ese sentido, para que los actos comunitarios sean constitucionales, deben ser compatibles con el requerimiento de protección de derechos fundamentales en el orden legal Comunitario.⁶⁸ Incluso, los Estados Miembros deben aplicar internamente la legislación comunitaria, en la medida de lo posible, en concordancia con sus obligaciones de derechos humanos.⁶⁹ La CJE también sostuvo, en la original decisión de *Francovich v. Italia*,⁷⁰ que los Estados Miembros pueden ser declarados responsables por violación de la legislación comunitaria si fracasan en la implementación local de sus directivas. Este reconocimiento de derechos individuales asegura un remedio contra los Estados Miembros, incluso cuando la fuente directa de la violación es un particular.⁷¹

Algunos derechos humanos han sido incluidos para asegurar los objetivos económicos de la Comunidad, especialmente la libre circulación de trabajadores, bienes y servicios.⁷² Otros derechos han emergido de la doctrina de los derechos fundamentales, como un principio general del derecho, incluyendo el derecho a la propiedad⁷³, el derecho a vivir libre de discriminación por razones de género,⁷⁴ y el derecho a la privacidad.⁷⁵

Siguiendo la jurisprudencia señera del Tribunal, los más recientes instrumentos de la Unión Europea incluyeron referencias a los derechos humanos. El preámbulo del Tratado de Maastricht, que transformó a la Comunidad Europea en Unión Europea, declaró que “la Unión debe respetar los derechos fundamentales como fueron garantizados en la Convención Europea sobre Derechos Humanos... y como ellos resultan de

68. Caso Wachauf 5/88, [1989] E.C.R. 2609, 2639, [1991] 1 C.M.L.R. 328.

69. Id.

70. Casos C-6/90 y C-9/90, *Francovich v. Italia*, 1991 E.C.R. I-5357, [1993] C.M.L.R. 66 (1991).

71. Comparar Caso 152/84, *M.H. Marshall v. Southampton y Autoridades del Área de Salud de South-West Hampshire*, [1986] E.C.R. 723 con *Duke v. Reliance*, [1988] Todos E.R. 626 (HL). En el primer caso la Directiva de Igual Tratamiento de la CE le otorgó al peticionante un remedio contra la autoridad pública que no cumplía con la legislación de la CE. En el segundo caso, el peticionante no se pudo basar en la directiva para ejercer una acción contra una compañía privada. El Caso *Francovich* cubre esta laguna, permitiendo a los peticionantes demandar la responsabilidad estatal cuando éste no impuso las directivas a las partes privadas, a través de su incorporación en la ley nacional.

72. Mientras el artículo 60 del tratado de la CE menciona expresamente el derecho a circular libremente dentro de la Comunidad para proporcionar servicios, la Corte ha tenido que entender como implícito el derecho a viajar para recibir estos servicios. Ver casos unidos 286/82 y 26/83, *Luisi & Carbone v. Ministerio del Tesoro*, [1984] E.C.R. 377.

73. Ver Caso 44/79, *Hauer v. Land Rheinland-Pfälz*, [1979] E.C.R. 3727, 3745.

74. Ver Caso 149/77, *Defrenne (no. 3) v. Sabena*, [1978] E.C.R. 1365, 1378.

75. Ver Casos unidos 46/87 y 227/88, *Hoechst v. Comisión*, [1989] E.C.R. 2859, 2924.

las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros, como principios generales de la legislación comunitaria.”⁷⁶ La inclusión de este lenguaje, deriva de las decisiones de la CEJ y parece constituir una aceptación expresa del enfoque de la Corte por parte de los Estados Miembros de la Unión. Esta jurisprudencia de la CEJ no significa, sin embargo, que se pueda revisar la compatibilidad de las leyes o prácticas nacionales con el CEDH u otras normas de derechos humanos que se encuentren fuera de la órbita de la legislación comunitaria.⁷⁷

La preocupación por los derechos humanos reflejada en el Preámbulo del Tratado de Maastricht, ha llevado a consagrarlos, actualmente, como uno de los objetivos y principios de la Unión. El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea revisado (Tratado de Amsterdam) declara entre los objetivos de la UE “fortalecer los derechos e intereses de los nacionales de los Estados Miembros a través de la inclusión de la ciudadanía de la Unión” y “mantener y desarrollar la Unión como un área de libertad, seguridad y justicia...” Usando el lenguaje del anterior preámbulo, el artículo 6(1) establece que la Unión “está fundada en los principios de libertad, democracia y respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales y del Estado de Derecho”, mientras que el artículo 6(2) exige a la Unión respetar los derechos fundamentales garantizados en la Convención Europea y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros como principios generales de la legislación comunitaria. Más adelante, el artículo 7 especifica un procedimiento que puede culminar en la suspensión de los derechos de miembro de la Unión si una “seria y persistente” violación a los derechos humanos tiene lugar en un Estado Miembro.⁷⁸ El tratado también fortalece la protección contra la discriminación⁷⁹ y hace de los derechos

76. Tratado de la Unión Europea, Preámbulo, para. F(2) I.L.M. 253, at 256 (1992).

77. Ver Caso Kremzow v. Austria , Caso C-299/95, [1997] E.C.R. I-2629, [1997] 3 C.M.L.R. 1289; Demirel, Caso 12/96, [1987] E.C.R. 3719, 3754, [1989] 1 C.M.L.R. 421, 439-40; Cinetheque, casos unidos 60-61/84, [1985] E.C.R. 2605, 2627, [1986] 1 C.M.L.R. 365, 386.

78. Ver en general H. SCHERMERS & D. WABELBROECK, JUDICIAL PROTECTION IN THE EUROPEAN COMMUNITIES 37 (5th ed. 1992); N. NEUWAHL AND A. ROSAS (EDS.), THE EUROPEAN UNION AND HUMAN RIGHTS (1995); P. ALSTON (ED.), THE EU AND HUMAN RIGHTS (1999); Flaherty & Lally-Green, Fundamental Rights in the European Union, 36 DUQUESNE L. REV. 249 (1998); Lenaerts, Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union, 6 COLUMBIA J. EUR. L. 1 (2000).

79. Ver, por ejemplo, Artículos 2 (promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer como una tarea de la Comunidad), 3(2) (todas las actividades comunitarias deben apuntar a eliminar la inequidad y promover la igualdad), 12 (prohibiendo la discriminación basada en la nacionalidad), 13 (el Consejo, actuando unánimemente a propuesta de la Comisión y luego de haber consultado con el Parlamento, debe tomar las acciones apropiadas para combatir la discriminación basada en el sexo, origen racial o creencias religiosas, discapacidad, edad u orientación sexual) y 141 (proceso de co-decisión de adoptar medidas para asegurar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de tratamiento para hombres y mujeres).

humanos un objetivo de la política exterior y de seguridad común.⁸⁰ Quizás más importante aún, el artículo 46(d) del TUE le otorga jurisdicción a la CJE sobre el cumplimiento del artículo 6(2), ampliando la justiciabilidad de los derechos humanos a cualquier caso que tenga vinculación con la legislación comunitaria.

Para áreas temáticas, la jurisdicción de la Corte descansa en el artículo 220 que le permite examinar la compatibilidad de la legislación de los Estados Miembros con los derechos fundamentales protegidos por el orden legal comunitario, cuando dicha legislación implemente normas comunitarias o utilice la legislación comunitaria para justificar medidas que afecten el mercado común. Varias excepciones fueron previstas para excluir cuestiones de la jurisdicción de la Corte, especialmente cuando están relacionadas a políticas y medidas de seguridad interna.⁸¹ Estos temas pueden ser revisados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero el TEDH ha actuado con deferencia hacia la Comunidad en la mayoría de sus decisiones⁸², estableciendo que la Comunidad es, en sí misma, un sistema legal que asegura los derechos fundamentales y que provee el control necesario para su observancia.⁸³ Cuando dicho control está fallando, debido a la falta de jurisdicción de la Corte Europea de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede estar más dispuesto a ejercitar su propia jurisdicción para proteger los derechos humanos.⁸⁴

En junio de 1999 la UE decidió realizar un borrador de una Carta de Derechos Fundamentales para incluir todos los derechos que gozan los ciudadanos de la Unión, combinando en efecto las garantías de la

80. Artículo 11 del Tratado de Amsterdam ("la Unión debe definir e implementar una política exterior y de seguridad común cubriendo todas las áreas de política exterior y de seguridad, cuyo objetivo debe ser....desarrollar y consolidar la democracia y el estado de derecho y el respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales").

81. Ver, por ej., artículo 35(5) TUE, excluyendo la revisión de las operaciones desarrolladas por la policía u otra fuerza de cumplimiento de la ley o las medidas tomadas con respecto al mantenimiento de la ley y el orden y la salvaguarda de la seguridad interna; y el artículo 68(2), excluyendo de la jurisdicción cualquier medida o decisión relacionada al mantenimiento de la ley y del orden y a la salvaguarda de la seguridad interna con respecto a temas concernientes a visas, asilo inmigración y políticas similares.

82. Ver, por ej., M. & Co. v. Alemania, 64 Eur. Ct. H.Rts. 138 (1990); Pafitis y Otros v. Grecia, 27 Eur. Ct. H.R. 566 (1999); but see Matthews v. United Kingdom, 28 Eur. Ct. H.R. 361 (1999).

83. M. & Co, supra nota 100 at 138.

84. Ver Matthews v. Reino Unido, supra note 100 (sosteniendo la incompatibilidad de la CEDH con la negación del derecho al voto en Gibraltar para las elecciones de los representantes del Parlamento Europeo por el voto universal y directo).

Convención Europea de Derechos Humanos, la Carta Social Europea y otros instrumentos de derechos humanos. La Carta fue proclamada en una reunión del Consejo de la Unión Europea, en Niza, el 18 de noviembre de 2000.⁸⁵ Esta carta no fue adoptada como un tratado debido a la falta de acuerdo entre los Estados Miembros. Sin embargo, el Parlamento Europeo recomendó que sea incorporada en el Tratado de la UE⁸⁶ y la Comisión coincidió.⁸⁷ La opinión de la Comisión es que la Carta debe ser tenida en cuenta, incluso por la CEJ, como una fuente de principios vinculantes relacionados a derechos fundamentales.

La Carta está dividida en seis capítulos. El Capítulo I se titula “dignidad” y comienza con una declaración sobre “la inviolabilidad de la dignidad humana”, estableciendo que “debe ser respetada y protegida.” El resto de este primer capítulo contiene el derecho de integridad de la persona y la prohibición de la tortura, del trato o castigo cruel, inhumano o degradante; de la esclavitud y del trabajo forzado. Estas provisiones están tomadas directamente de la CEDH y el artículo 52(3) de la Carta, llama a interpretar los derechos derivados de la CEDH a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Capítulo II contiene las libertades de expresión, religión, privacidad, libertad y seguridad, de reunión, asociación y el derecho de propiedad, incluyendo la propiedad intelectual. A pesar de que el capítulo es denominado “Libertades”, algunos de los derechos contenidos implican la provisión de servicios estatales. Por ejemplo incluye el derecho a la educación y el acceso a la educación vocacional y continua. Mientras la mayoría de los derechos están basados en la CEDH, la libertad de elegir una ocupación y de trabajar (art. 15) y la libertad de hacer negocios (art. 16) son derivados directamente de la legislación comunitaria y de la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia.

85. Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea, O.J. C 361/1 (2000). Ver Rainer Arnold, A Fundamental Rights Charter for the European Union, 15 TUL. EUR. & CIV. L.F. 43 (2000-2001).

86. El Parlamento Europeo apoyó una Carta vinculante, incorporada a los tratados, en dos resoluciones. Ver Resolución A5-0064/2000 o del Parlamento Europeo sobre la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: minutos del plenario de la sesión del 16 de marzo de 2000 y Resolución B5-767/2000 del Parlamento Europeo sobre la Carta de Derechos Fundamentales: minutos del plenario de la sesión del 3 de octubre de 2000. El Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones también estuvieron a favor de la incorporación. Ver Resolución del Comité Económico y Social 1005/2000, adoptada el 20 Septiembre de 2000 y Resolución del Comité de las Regiones 140/2000, adoptada el 20 Septiembre de 2000.

87. Comunicación de la Comisión sobre la Naturaleza Legal de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 11 de octubre de 2000, COM(2000) 644 final, disponible en http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2000/com2000_0644en01.pdf.

El Capítulo III está dedicado a la igualdad y la no-discriminación, incluyendo los derechos de los grupos a la diversidad cultural, religiosa y lingüística. Los niños y niñas, los ancianos y las personas con discapacidad reciben una protección particular. El Capítulo IV se titula “solidaridad” e incluye varios de los derechos de la Carta Social Europea. El derecho de negociación colectiva y el derecho a huelga están incluidos como una protección contra el despido arbitrario y las condiciones insalubres de trabajo. Las protecciones destinadas a la familia son la seguridad social y la atención de la salud. El Capítulo V continúa con los derechos políticos, incluyendo el derecho a votar y a ser elegido, la libertad de tránsito, el derecho de petición y el derecho a la protección diplomática. La gobernabilidad y la buena administración están también incluidas en el Capítulo V incluyendo el derecho de todos los ciudadanos de la Unión de acceder a documentos públicos.

El Capítulo VI está dedicado a la justicia e incluye el derecho a una acción rápida y expedita y a un juicio justo. Continúan la presunción de inocencia y el derecho a la defensa de aquellos acusados de delitos, así como las normas de proporcionalidad de las penas y el principio del *ne bis in idem*. Este capítulo también incluye objetivos y principios, tales como un alto nivel de protección del medio ambiente y la protección a los consumidores, que no son derechos consagrados.

66

En suma, los derechos humanos se encuentran protegidos en la Unión Europea hoy en día a través del TUE revisado,⁸⁸ la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia y, en alguna medida, de la Carta de Derechos Fundamentales.

3. OSCE

La tercera institución que ha adquirido una amplia competencia en materia de derechos humanos en Europa⁸⁹ es la OSCE. Debido a los esfuerzos para aminorar las hostilidades de la Guerra Fría, el Acta Final de Helsinki (AFH)⁹⁰, que fue la conclusión de la Conferencia de

88. El Tratado de Roma que establece el CEE contiene ciertos derechos: el derecho a no ser discriminado por razones de nacionalidad (arts. 6, 40, 67(1) y 68(2)), igual remuneración por igual trabajo (art. 119), libertad de circulación (art. 48). El TUE agrega el derecho a votar y a presentarse a elecciones al Parlamento Europeo (art. 8b) y los derechos de ciudadanía de la Unión (art. 8). Adicionalmente, el TUE hace referencia explícita a la Convención Europea de Derechos Humanos en el art. K.2(1) y F.

89. Notar que los Estados Unidos y Canadá son también estados partes, haciendo de la OSCE una institución transatlántica más que una puramente europea.

90. Acta Final de Helsinki suscripta el 1 de agosto de 1975, disponible en <http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/summits/helfa75e.htm>.

Seguridad y Cooperación en Europa en 1975, incorporó los derechos humanos al contexto de paz y seguridad regionales.⁹¹ El AFH consiste en cuatro capítulos llamados “canastas”.⁹² Los temas de derechos humanos están tratados principalmente en los Principios Rectores proclamados en la Canasta I y en alguna extensión en la Canasta III. De los diez Principios Rectores sentados en el AFH, dos tienen que ver con los derechos humanos. En el Principio VII, los Estados Partes se comprometen a “respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales” y a “promover y afianzar el ejercicio efectivo de las libertades y los derechos civiles, económicos, sociales, culturales y otros” (énfasis agregado), el respeto por la libertad de religión, los derechos de los individuos de pertenecer a minorías nacionales y el “derecho de los individuos de conocer y actuar acorde a sus derechos y obligaciones en este campo.” En el último párrafo del Principio VII, los Estados participantes acordaron “actuar en conformidad con los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos”. Los Estados deben también cumplir con las obligaciones adquiridas en otros tratados y acuerdos internacionales en este campo, incluyendo *inter alia* los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, para lo cual deben ser vinculantes”. El Principio VIII por su parte, dedica cuatro párrafos al tema de la “igualdad de derechos y al principio de autodeterminación de los pueblos”.⁹³

Las distintas reuniones de seguimiento de la Conferencia de Helsinki fortalecieron la protección de los derechos humanos, algunas veces adicionando detalles que no están en otros instrumentos regionales o

91. La Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE) fue inaugurada en Helsinki en Julio de 1973 y concluida dos años después con el Acta Final. El Acta Final no es un tratado pero tiene compromisos políticos en áreas de seguridad, cooperación y derechos humanos.

92. La Canasta I titulada “Preguntas relacionadas a la Seguridad en Europa”, consiste en dos secciones (“Principios Rectores de las Relaciones entre los Estados Participantes” y “Confidencialidad – Construyendo Medidas y Ciertos Aspectos sobre Seguridad y Desarme”). La Canasta II se refiere a “Cooperación en el Campo Económico, de la Ciencia, la Tecnología y el Medioambiente”. El Título de la Canasta III es “Cooperación en el campo humanitario y otros”. La Canasta IV, último capítulo de este instrumento, desarrolla el llamado “proceso de seguimiento”. Ver Russell, *The Helsinki Declaration: Brobdingnag or Lilliput*, 70 AM. J. INT'L L. 242 (1976).

93. Los Estados Participantes reconocen que “todos los pueblos tienen el derecho, en todo momento y en plena libertad, de determinación, cuando y como ellos deseen, de su estatus político interno e internacional sin interferencias externas...” ver H. HANNUM, AUTONOMY, SOVEREIGNTY, AND SELF-DETERMINATION: ACCOMMODATION OF CONFLICTING RIGHTS (1990); C. TOMUSCHAT (ED.), THE MODERN LAW OF SELF-DETERMINATION (1993); R. STEINHARDT, INTERNATIONAL LAW AND SELF-DETERMINATION (The Atlantic Council, 1994).

globales.⁹⁴ Las conferencias de seguimiento fueron utilizadas para revisar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en derechos humanos y para desarrollar un mecanismo de expansión de la lista de derechos garantizados. Las reuniones también fueron utilizadas para enfocar la atención pública en la falta de cumplimiento de ciertos Estados de sus compromisos en derechos humanos. En este contexto, varias reuniones del OSCE han hecho referencia específica y han creado compromisos referidos a las minorías nacionales.

El Documento Final de Viena (1989) estableció el Mecanismo de la Dimensión Humana para analizar la inobservancia de los Estados de los compromisos asumidos a este respecto. Posteriormente, las conferencias de la OSCE extendieron el alcance de su Mecanismo para hacerlo más efectivo. Hoy en día es un proceso de negociaciones bilaterales y multilaterales, mediación e investigación de la misión de expertos y relatores de la OSCE, asistidos por la Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE (OIDDH). Así, cuando uno o más Estados reclaman que otro Estado no está cumpliendo con los compromisos asumidos en la OSCE, se realiza un intercambio diplomático entre ambos Estados, para el cual hay un período de tiempo determinado. Si el problema no es resuelto entre ellos, el Estado puede llamar la atención de todos los Estados de la OSCE y poner el asunto en la agenda de seguimiento de la OSCE o de sus conferencias sobre dimensión humana. Si este proceso tampoco da resultados, puede designarse a la misión de expertos de la OSCE o a misiones de relatores especiales, para investigar las denuncias. Ellos desempeñan el rol de terceros, determinan los hechos y median entre las partes en conflicto. Como regla, las misiones son establecidas por consenso mutuo de los Estados comprometidos, a pesar de que dicho consentimiento no es necesario en situaciones muy serias. En esos casos, la misión puede ser convocada cada vez que un grupo de Estados o el Consejo Superior de la OSCE lo considere necesario.⁹⁵

94. Las Conferencias de seguimiento tuvieron lugar en Madrid (1983), Copenhague (1990) y Budapest (1994). La reunión de Madrid focalizó en los temas relacionados a las libertades sindicales a la luz del advenimiento del Movimiento Solidario en Polonia. Garantías específicas y detalladas en relación a la libertad de religión, la cláusula de no discriminación, los derechos de las minorías, la libertad de movimiento, las condiciones de detención y la pena capital fueron incorporadas en la reunión de Viena. Ver Documento Final de Viena, 1989. De Copenhague también resultaron estándares en derechos humanos, especialmente referidos a minorías nacionales. Fue también uno de los primeros documentos referidos al derecho a la objeción de conciencia en el servicio militar, derecho no contenido en la Convención Europea de Derechos Humanos.

95. Ver M. BOTHE, N. RONZIITE & A. ROSAS, THE OSCE IN THE MAINTENANCE OF PEACE AND SECURITY (1997).

Hacia finales de 1994, la CSCE cambió de nombre a Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). Sin contar con un tratado constitutivo aún, la OSCE se concentra en materias de derechos humanos primordialmente a través de intervención diplomática para la prevención de conflictos y de mediación. La OSCE también se comprometió a desarrollar la democracia regional, relacionándola con los derechos humanos. Una Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos, establecida en Varsovia, asiste el proceso de democratización entre los Estados de la OSCE y monitorea la implementación de los compromisos de la OSCE en referencia a la dimensión humana. Paralelamente a los esfuerzos de la OSCE, el Consejo Europeo creó un programa en 1990 para fortalecer la democracia y para facilitar la integración de nuevos Estados Miembros al Consejo de Europa.⁹⁶

II. Las Américas

En los textos básicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no faltan los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, el Sistema Interamericano fue el primero en reconocer estos derechos, a pesar que no fue sino hasta finales de los '70 que la OEA reconoció que las consideraciones sobre justicia social subyacen a varios de los problemas más importantes de violencia política.

Todos los textos normativos del sistema reconocen derechos económicos, sociales y culturales. La Carta de la OEA inicialmente contenía vagas referencias a algunos derechos humanos, pero el Protocolo de Buenos Aires (1967, en vigencia en 1970) adicionó un número de provisiones remarcando las obligaciones de los Estados de cooperar con el desarrollo, principalmente contenidas en el capítulo titulado "Desarrollo Integral". Algunas de las prescripciones se refieren a derechos económicos, sociales y culturales específicos, incluyendo el derecho a trabajar y el derecho a la educación, pero las obligaciones son en cierta medida vagas y están a veces establecidas sólo como "principios" que los Estados Miembros se comprometen seguir. En este aspecto, son más parecidas a los objetivos sociales establecidos en la Carta de la UE.⁹⁷ Sin embargo, la cláusula concerniente al derecho a la educación fue invocada en un caso en los EUA en la Corte Federal del

96. Ver A. Drzemczewski, The Council of Europe's Cooperation and Assistance Programmes with Central and Eastern European Countries in the Human Rights Field, 14 HUM. RTS.LJ. 229 (1993).

97. La Comisión Interamericana se ha referido a los Derechos de la Carta como "objetivos del desarrollo económico y social que deben ser alcanzados por los Estados a través del esfuerzo interno y la cooperación internacional" más que como derechos humanos. CIDH, Informe Anual 1983-4, pag. 138.

distrito de Texas, denunciando una ley estatal que prohibía el uso de fondos estatales para educar a extranjeros que no hubieran sido legalmente admitidos en el país.⁹⁸ La Corte sostuvo que las provisiones de la Carta no son directamente ejecutables.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948, contiene numerosos derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud (artículo XI), el derecho a la educación (artículo XIII), el derecho a los beneficios de la cultura (artículo XIII), el derecho al trabajo (artículo XIV), el derecho al descanso (artículo XV), el derecho a la seguridad social (artículo XVI) y el derecho de propiedad (artículo XXIII). Varios informes de la Comisión Interamericana desde 1978 han incluido observaciones sobre derechos económicos, sociales y culturales o sobre condiciones socioeconómicas en la medida en que éstas afectan el goce de los derechos civiles y políticos.⁹⁹

La Convención Americana de Derechos Humanos fue adoptada en 1969 y entró en vigor en 1978. Los primeros borradores contenían casi todos los derechos garantidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), pero el borrador final evitó prácticamente toda referencia a ellos. La Comisión citó los precedentes de la ONU y de Europa, de hacer dos convenios separados, para justificar la omisión de estos derechos.¹⁰⁰ El debate sobre el tema, con las objeciones a la inclusión de derechos económicos, sociales y culturales que fue liderado por Estados Unidos y México, resultó en el establecimiento de un grupo de trabajo y en la adopción de un lenguaje poco claro en los artículos 26 y 42 de la Convención. El artículo 26, titulado "Desarrollo Progresivo" establece que "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..." Este artículo es similar al artículo 2(1) del PIDESC, pero en lugar de referirse a derechos explícitos, hace alusiones a aquellos derechos "implícitos" en los estándares económicos, sociales, educacionales, científicos y culturales a los que se refiere la Carta.

98. *In re Litigio sobre Educación de Niños Extranjeros*, 501 F. Supp. 544 (S.D. Tx., 1980).

99. Ver, por ej., CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en El Salvador, OEA, Doc. OEA/Ser.L/V/II. 46, doc. 23 rev. 1, 17 Nov. 1978, 162-67; CIDH, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Haití, OEA, Doc. OEA/Ser.L/V/II.46, doc. 46, rev. 1, 122 Dec. 1979, 72-81; CIDH, informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1993, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 9, rev. Feb. 11, 1994, 519-539.

100. Cravem supra nota 101, 297.

Curiosamente, no se hace ninguna referencia a los derechos establecidos en la Declaración.¹⁰¹ Otra omisión es la frase del PIDESC “hasta el máximo de los recursos disponibles”. Esto parece sugerir que los Estados no necesitan comprometer todos los recursos disponibles, siempre que estén demostrando progresos. Lo único que queda como obligación principal es la del artículo 42, que requiere que los Estados envíen a la Comisión una copia de su informe anual al Consejo Económico y Social para la Educación, la Ciencia y la Cultura de la OEA. La Comisión, a su vez, está autorizada a “velar por la promoción” de estos derechos.

La Comisión y la Corte han considerados casos y temas relacionados a problemas económicos, sociales y culturales. Desde los años 70, la Comisión recibió y consideró comunicaciones de privados de libertad por falta de alimentación y cuidados de salud, en violación al Artículo XI de la Declaración.¹⁰² Otros casos relacionados a derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Declaración tienen que ver con poblaciones indígenas. El Caso 1802 (Paraguay) que alegaba la persecución de la Tribu Ache, incluía la atención médica, condiciones inhumanas de trabajo, la venta de niños y la destrucción de la cultura.¹⁰³ En el Caso Yanomami, cerca de una década después, la Comisión consideró que el Estado de Brasil no había protegido a los grupos indígenas del desplazamiento y las enfermedades, al haber permitido la explotación de la Amazonia. La Comisión sostuvo que el Estado había violado, *inter alia*, el derecho a la residencia (artículo VIII) y el derecho a la salud (artículo XI).¹⁰⁴ En la Corte, el impacto de la indigencia en la obligación de agotar los recursos internos, fue discutida en la Opinión Consultiva 11.¹⁰⁵ La Corte también tomó en cuenta los aspectos culturales de los recursos internos cuando estaban involucradas poblaciones indígenas¹⁰⁶ y cuando éstas tomaron acciones para proteger sus tierras y el derecho a la libre disposición de sus recursos.¹⁰⁷

101. Una interpretación positiva de la Declaración era vista como una interpretación autorizada por la Carta y, por lo tanto, innecesaria de ser mencionada.

102. Ver, por ej. Caso 2029 (Paraguay), OEA/Ser.L/V/II.41, doc. 9, 12 Mayo 1977, Caso 4402 (Cuba), Informe Anual CIDH 1980-1, 94-5; y Casos 2300, 6091, 6093 y 7899 (Cuba), Informe Anual CIDH 1981-2, 65-79.

103. Caso 1802 (Paraguay) Informe Anual CIDH 1977, 30-44, 55-7. Ver Matthew Craven, The Protection of Economic, Social and Cultural rights under the Inter-American System of Human Rights, in THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS 289, 295-96 (D. Harris & S. Livingstone, eds., 1998).

104. Caso 7615 (Brazil), Informe Anual CIDH 1984-5, 24-34.

105. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art 46(1), 46(2)(1) y 46(2)(b)) Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

106. Ver, por ej., Aloeboetoe v. Suriname (Reparaciones), Corte IDH (ser. C) (1991).

107. Caso Awá Tingni.

La pregunta que continúa sin contestar es si el proceso de peticiones individuales de la Convención permite que la Comisión y la Corte consideren reclamos de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales garantizados por la Declaración. Pareciera que ambos cuerpos tienen jurisdicción para aceptar dichas peticiones. Para los Estados Miembros de la OEA, que no son parte de la Convención, el estatuto claramente establece que la Comisión debe promover la observancia y defensa de los derechos establecidos en la Declaración Art. 1(2)(b); y para estos Estados, no puede considerarse la jurisdicción contenciosa de la Corte, ya que no han ratificado la Convención. Para los Estados Parte de la Convención, la Comisión y la Corte “son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención” (Art. 33 Conv.). El Artículo 26 claramente contiene compromisos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales. La Comisión y la Corte parecen tener jurisdicción para determinar si una reserva hecha por un Estado Parte es compatible con las obligaciones establecidas en Convención, según el art. 75¹⁰⁸, entonces deberían poder examinar también la compatibilidad de las acciones del Estado con las obligaciones contenidas en el art. 26.

La Convención y los Estatutos y Reglamentos de la Comisión apoyan esta interpretación. Parece claro que el mandato para considerar “denuncias o peticiones de violaciones de la Convención por los Estados Partes” (art. 44 de la Convención) incluiría violaciones al artículo 26. Mientras el artículo 45 establece que las peticiones deben ser consideradas sólo si se alega una violación de los derechos “establecidos” en la Convención, entre los cuales no se encuentran los económicos, sociales y culturales, el artículo 45 se refiere solamente a las denuncias entre Estados, las cuales son tratadas generalmente de manera más restrictiva que las peticiones individuales.¹⁰⁹ Otros artículos que tienen que ver con la admisibilidad usan términos como “garantizados” (art. 47) o “consagrados” (art. 48) por la Convención. El Nuevo Reglamento de Procedimiento de la Comisión apoya una lectura más amplia, al modificar el requerimiento de que los derechos alegados como violados sean los “definidos” en la Convención, al de

108. Ver, Corte IDH, Opinión Consultiva N°2, OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, “El efecto de las Reservas en la Entrada en Vigencia de la Convención Americana (arts. 74 y 75), Serie. A, No. 2, para. 38 (Los Estados Partes tienen un legítimo interés en excluir reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención, y son libres de afirmar su interés mediante los mecanismos consultivos y jurisdiccionales establecidos por aquella...)” (énfasis agregado).

109. Por ejemplo las peticiones inter estatales son opcionales para los Estados Partes, mientras que la aceptación del sistema de peticiones individuales es obligatorio.

admitir peticiones que aleguen violaciones a derechos humanos “consagrados” en la Convención y otros instrumentos aplicables.¹¹⁰ (Reglamento, Art. 27).

Las reglas de interpretación de la Convención, que establecen la aplicación de las normas más favorables al individuo, también tienden a apoyar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales de la Declaración.¹¹¹ Sería anómalo que un Estado pudiese disminuir sus obligaciones al ratificar la Convención, dada la referencia de la Declaración a la “legislación interamericana” y el preámbulo de la Convención que establece que la misma es para “consolidar” y “complementar” las protecciones existentes y que sólo puede realizarse “el ideal de 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.” Todos los derechos de la Declaración son aplicables a los Estados que no son parte en la Convención, conforme al Estatuto de la Comisión, no permitir que sean alegados contra Estados Partes en la Convención violaría el principio de igualdad de Estados (estatuto de la OEA, art. 9), ya que algunos Estados Miembros de la OEA podrían ser denunciados por violación a normas que no son aplicadas a otros Estados. Adicionalmente, la Opinión Consultiva N° 10 de la Corte (OC-10), dejó en claro que los Estados Parte de la Convención “no se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA.”¹¹² Consecuentemente, la Comisión sostuvo 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.”¹¹³

110. La primera provisión fue invocada por la Comisión para denegar admisibilidad en un caso de Argentina sobre derecho al trabajo. La Comisión dijo que la Declaración no fue incorporada en la Convención y que en relación con los Estados Partes de la Convención “la CIDH sólo puede, de acuerdo con sus propios reglamentos, tomar en consideración las peticiones o las presuntas violaciones de los derechos definidos en la Convención, entre los cuales no están incluidos los derechos económicos, sociales y culturales.” Casos 9718 y 9777 (Argentina, Informe Anual CIDH 1987-88, 31, para. 6.)

111. El artículo 29 establece que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... (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”.

112. Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva N°10 OC-10/89, pará. 45-6.

113. Informe No. 74/90, Res. 22/88, Caso 9850 (Argentina), Informe Anual 1990-1, para. 6.

La OEA adoptó el Protocolo de San Salvador en 1988, estableciendo nuevas normas de derechos económicos, sociales y culturales. El Protocolo entró en vigor a fines de 1999. Los Estados partes se comprometieron a adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar progresivamente la plena efectividad de esos derechos. La Comisión está encargada de vigilar su observancia, en referencia a los derechos reconocidos, a través de la consideración de los informes que los Estados Partes presenten. Los derechos sindicales (art. 8.a) y la libertad de educación (art. 13) son identificados como derechos sujetos al sistema de peticiones individuales establecidos en la Convención, lo que significa que son expresamente justiciables a nivel regional. A pesar de que los derechos contenidos en el Protocolo son, en términos generales, similares a los establecidos en el PIDESC, el derecho a la seguridad social y el derecho a la alimentación están detallados ampliamente y fueron incluidos derechos nuevos: el derecho a un medioambiente sano (art. 11), el derecho a la formación y protección de la familia (art. 15), derechos de los niños y niñas (art. 16), protección de la ancianidad (art. 17) y la protección de los discapacitados (art. 18). Sin embargo, el derecho a una vivienda adecuada fue omitido y no hay mención especial a los derechos de los pueblos indígenas o de los trabajadores migrantes.

En sus resoluciones sobre derechos económicos, sociales y culturales, la Comisión ha evolucionado de una actitud de negación hacia una que articula la esencia de las obligaciones legales involucradas en los derechos económicos, sociales y culturales. En 1980, la Comisión inició una aproximación desde las “necesidades básicas”, llamando a los Estados a “esforzarse en alcanzar las aspiraciones sociales y económicas de su gente, siguiendo un orden que asigne prioridad a los derechos de supervivencia y a las necesidades básicas.”¹¹⁴

74

En 1993, la Comisión explicó que la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos contenida en la Declaración y en la Convención, obligaba a los Estados Partes a “garantizar un estándar mínimo de estos derechos sin consideración del nivel de desarrollo económico.”¹¹⁵ La posibilidad de que las necesidades pudieran ser consideradas como diferentes de los derechos, podría explicar este último giro del “enfoque del estándar mínimo” de implementación. Mientras los enfoques más recientes continúan reconociendo la necesidad de la implementación progresiva, “eso no significa que los gobiernos no tengan una obligación inmediata de hacer todos los esfuerzos para obtener la plena realización

114. CIDH Informe Anual 1979-80, 151-3.

115. CIDH Informe Anual 1993, 523.

de estos derechos”¹¹⁶ De acuerdo con la Comisión, significa que los Estados deben dar prioridad a asistir a los más pobres y vulnerables, especialmente dada la disparidad económica de la región. “El compromiso de los Estados de tomar medidas con el objetivo de alcanzar progresivamente la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales requiere un uso eficaz de los recursos disponibles para garantizar un estándar mínimo de vida para todos.”¹¹⁷ En la determinación de cuáles son las medidas adecuadas que deben ser tomadas, la Comisión “va a prestar especial atención al uso equitativo y efectivo de los recursos disponibles y a la distribución del gasto público en programas sociales destinados a mejorar las condiciones de vida de los sectores más vulnerables de la sociedad, que han sido históricamente excluidos de los procesos económicos y políticos”¹¹⁸ Es tarea de la Comisión y de los usuarios del Sistema transformar estos pronunciamientos abstractos en estándares y decisiones concretas.

III. África

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en 1982, fue construida en base a los precedentes de los sistemas globales y regionales previos y representa un marco normativo nuevo para la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales.¹¹⁹ En la supervisión de estos derechos, la Comisión Africana ha utilizado todos sus poderes -revisión de informes de los Estados, consideración de casos, actividades promocionales y consultivas- para presionar para una mayor acción a los Estados Partes. Así, ha surgido un enfoque integrador de interpretación e implementación.

75

El Preámbulo de la Carta describe un enfoque a los temas económicos, sociales y culturales predominante en el continente, estableciendo que “es esencial prestar particular atención al derecho y que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción, así como en su universalidad y que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales es una garantía para el pleno goce de los derechos civiles y políticos.” Este enfoque va más allá del reconocimiento de la interdependencia de todos los derechos y parece sugerir una prioridad

116. Id.

117. Id. at 524.

118. Id. at 533.

119. Ver, Chici Anselm Odinkalu, Implementing Economic, Social and Cultural Rights Under the African Charter on Human and Peoples’ Rights, in THE AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS 178 (M. Evans & R. Murray, eds., 2002).

de los derechos económicos, sociales y culturales que puede ser un pretexto para suprimir los derechos civiles y políticos. La jurisprudencia de la Comisión ha mitigado alguno de estos miedos, pero no ha hecho desaparecer por completo esta problemática de la región.

El cuerpo de la Carta es el primer instrumento legalmente vinculante que integra todos los derechos en un solo texto, estableciendo un marco normativo indivisible e interdependiente. La Carta reconoce varios, pero no todos los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a trabajar en condiciones equitativas y satisfactorias (art.15), a igual remuneración por igual trabajo (art.15) y el derecho a la salud (“todo individuo tiene el derecho a disfrutar del mejor estado de salud mental y psíquica” art. 16). El Convenio impone nuevas obligaciones a los Estados en referencia a las mencionadas, requiriendo al Estado proteger la salud de su gente y asegurar que todos reciban atención médica cuando estén enfermos (art. 16.2). El artículo 17 garantiza el derecho a la educación y el derecho de participar en las actividades culturales de la comunidad. Los derechos a la seguridad social, alimentación y a una vivienda y estándar de vida adecuados no están específicamente mencionados, como tampoco la prohibición del trabajo forzado. El derecho a la propiedad (art. 14) contiene la cláusula más comprehensiva de la Carta, despertando interrogantes con respecto a las posibilidades de reformas agrarias en África. Nuevos derechos en el campo económico, social y cultural han sido reconocidos, incluido el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al desarrollo y la protección de la ancianidad y los discapacitados, así como de las mujeres y los niños y niñas.

76

A diferencia de otros instrumentos que contienen derechos económicos, sociales y culturales, la Carta Africana no contiene el lenguaje de “desarrollo progresivo”, poniendo a estos derechos en el mismo nivel de los demás derechos de la Carta, es decir como directamente aplicables. En 1990, la Comisión afirmó que “nuestra Carta requiere que todos estos derechos sean implementados inmediatamente... Es una tarea que debe ser llevada adelante por cada uno de los Estados que la ratifiquen”¹²⁰ Gracias a la obligación de los Estados de respetar y proteger los derechos garantizados, la Comisión puede utilizar el proceso de peticiones para identificar violaciones a derechos económicos y sociales, que no habría sido posible de haberse incluido el lenguaje de “desarrollo progresivo”

120. Presentación del tercer Informe de Actividades por el Presidente de la Comisión en la 26^o Sesión de la Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, 9-11 julio, en Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Documentación, 3^o Informe Anual de actividades de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, 84 (1990).

El mandato de la Comisión es amplio. Fue creada para promover los derechos humanos y asegurar su protección en África (art. 30). Organiza conferencias, seminarios y simposios, establece estándares a través de la formulación de principios y reglas destinadas a resolver problemas legales relacionados a derechos humanos que pueden servir de base para las legislaciones nacionales. El procedimiento de comunicaciones otorga a la Comisión un resorte para cualquier método de investigación, incluyendo expertos especiales o celebración de audiencias. La Carta autoriza a la Comisión a “tomar inspiración del derecho internacional para los derechos humanos y de los pueblos” incluyendo otros instrumentos internacionales, la costumbre, los principios generales del derecho, los precedentes legales, la doctrina y las prácticas africanas compatibles con las normas internacionales de derechos humanos y de los pueblos (art. 61). La Comisión puede, al tomar conocimiento que la mayoría de los Estados Partes de la Carta han ratificado el PIDESC, asumirlo como legislación complementaria y como pauta interpretativa.

El procedimiento de informes estatales ha sido utilizado por la Comisión para promover la implementación de derechos económicos, sociales y culturales. En 1988, la Comisión adoptó las Guías Generales Relacionadas a la Forma y Contenido de los Informes Periódicos Requeridos por el Artículo 62.¹²¹ La Sección II de estas guías está comprendida por cincuenta y nueve cláusulas dedicadas a derechos económicos y sociales, incluyendo el derecho al trabajo, el derecho a formar y pertenecer a sindicatos, derecho a la seguridad social y al seguro social, derecho de protección de la familia, derecho al más alto estándar de salud mental y física, derecho a la educación, al desarrollo económico, a igual retribución por igual trabajo, etc. Las guías definen el alcance y contenido de cada uno de estos derechos.

77

En el examen de los informes estatales, la Comisión ha determinado que la obligación de proteger los derechos económicos, sociales y culturales requiere la inclusión de aquellos derechos que se encuentran en las Constituciones Nacionales¹²² y también requiere que los Estados prohíban toda forma contemporánea de esclavitud.¹²³ Al considerar los informes de Nigeria y Zimbabwe, la Comisión hizo comentarios sobre el derecho a trabajar y los derechos sindicales. En respuesta al informe de Namibia, la Comisión declaró que todo individuo tiene derecho a un estándar mínimo de

121. Guías para los informes Periódicos Nacionales, reimpronta en el 2º Informe Anual de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Anexo XII (1990), 45-69.

122. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Examen de los Informes Estatales, 12º Sesión, Oct. 1992: Gambia, Zimbabwe, Senegal, 17-43.

123. Ibid, at 12-21.

vida, incluyendo acceso a servicios básicos, atención médica y electricidad. La Comisión consideró el aspecto económico de los derechos civiles y políticos al expresar preocupación por la defensa legal y el acceso a la justicia.

El procedimiento de peticiones también ha sido un medio fructífero para controlar el cumplimiento de las obligaciones estatales referentes a derechos económicos, sociales y culturales. En 2001, de los 45 casos considerados en la etapa de admisibilidad, por lo menos quince tocan diferentes aspectos de estos derechos, basados en la Carta y varios casos importantes están pendientes.¹²⁴ En la mayoría de los casos, derechos civiles y políticos también están implicados. Varios de estos casos se refieren a deportaciones y están basados en el principio de dignidad humana (art. 5), a veces, en conjunto con la protección de la familia (art. 18) y, en la ausencia de estos dos derechos, en el derecho a una vivienda adecuada o el derecho a la nacionalidad consagrado en la Carta.¹²⁵ En una serie de casos contra Mauritania,¹²⁶ la Comisión consideró que había habido violaciones dado que el gobierno privó a los prisioneros de comida, sábanas, ropa y atención médica. También encontró que los desalojos forzados de mauritanos negros de sus hogares, violaba su derecho a la libertad de circulación y de propiedad. La Comisión hizo una aguda afirmación en respuesta a los alegatos de esclavitud en estos casos:

La Comisión considera, en la línea de las provisiones del Artículo 23(3) de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que todo el que trabaja tiene derecho a una justa y favorable remuneración que le asegure a él y a su familia una existencia compatible con la dignidad humana, suplementada, si es necesario, por otros medios de protección social. Estas provisiones son complementadas por las del Artículo 7 del Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En vistas de los precedentes, la Comisión considera que hubo una violación del artículo 5 de la Carta debido a

124. Por ej. Comunicación 155/96, Centro de derechos Sociales y Económicos v. Nigeria (protección de los derechos a la vida, salud y medioambiente).

125. Comunicación 93/97, John K. Modisev v. Botswana, Décimo Informe Anual de Actividades 1996-97, Anexo X, 349, concernientes a la privación de la nacionalidad del peticionante por razones políticas, lo que dio como resultado que se lo considerara apátrida. El peticionante fue pasando por varios Estados y finalmente fue alojado en una franja especialmente creada en un territorio fronterizo llamado "tierra de nadie". La Comisión entendió que este tratamiento violaba el art. 5. Ver también Comunicación 212/98, Amnistía Internacional v. Zambia, décimo Segundo Informe Anual de Actividades, 1998-99, Anexo V, 52.

126. Comunicación 54/91, 98/93, 164/97 y 210/98, Asociación Africana Malawi; Amnistía International; Ms Sarr Diop, Union Interafriqueaine des Droits de l'Homme y RADDHO; Collectif des Veuves et Ayant-droits; Association Mauritanienne des Droits de l'Homme v. Mauritania, Décimo Tercer Informe de Actividades 1999-2000, Addendum.

prácticas análogas a la esclavitud y enfatizó que el trabajo sin remuneración es una violación equivalente del derecho al respeto por la dignidad inherente a todo ser humano. Así mismo consideró que las condiciones a las que están sujetos los descendientes de esclavos, claramente constituyen explotación y degradación del hombre, ambas prácticas condenadas por la Carta Africana.¹²⁷

En otro precedente importante, la Comisión sostuvo que Zaire había violado derechos humanos al no haber provisto de servicios básicos de salud, incluyendo agua potable, electricidad, servicios sanitarios y medicinas básicas para sus servicios de salud.¹²⁸ Significativamente, los peticionarios alegaron que la ausencia de servicios básicos era por causa de corrupción y mal manejo de los recursos del país. La Comisión coincidió y también encontró que el derecho a la educación había sido violado cuando el gobierno arbitrariamente había cerrado las universidades y las escuelas secundarias por dos años y no había pagado los salarios a los docentes.

La opinión más importante en materia de derechos económicos, sociales y culturales de la Comisión Africana fue la de 2001. En su Decisión referida a la Comunicación 155/96¹²⁹, la Comisión consideró que Nigeria había violado el derecho a disfrutar de los derechos y libertades garantizados en la Carta sin discriminación (art. 2), el derecho a la vida (art. 4), el derecho a la propiedad (art. 14), el derecho a la salud (art. 16), el derecho a una vivienda adecuada (implícito en el deber de proteger a la familia, art. 18 (1)), el derecho a la alimentación (implícito en los art. 4, 16 y 22), el derecho de los pueblos a disponer de sus riquezas y sus recursos naturales (art. 21) y el derecho de los pueblos a un medio ambiente sano y favorable para su desarrollo (art. 24). La mayoría de las violaciones derivan de acciones llevadas a cabo por o relacionadas a la Compañía Nacional Nigeriana de Desarrollo del Petróleo (NNPC) en consorcio con la Corporación de Desarrollo del Petróleo Shell (SPDC).

La Comunicación, presentada el 14 de marzo de 1996, fue una acción popular que la Comisión describió como útil y “claramente permitida por la Carta Africana”¹³⁰ La Comunicación alegaba que el gobierno militar de Nigeria

127. Id. at 158, para. 135.

128. Comunicaciones 25/89, 47/90, 56/91 y 100/93 (unidas). Grupo de Asistencia Legal Gratuita, Lawyers' Committee for Human Rights, Union Interafriqueaine des Droits de l'Homme, Le Temoins de Jehovah v. Zaire, Noveno informe de Actividades 1995-96, anexo VIII, 444.

129. Decisión en referencia a la Comunicación 155/96 (Centro de Acción de Derechos Económicos y Sociales v. Nigeria), Caso No. ACHPR/COMM/A044/1 (Comisión Afr. De Der. Hum. y de los Pueblos. 27 de Mayo de, 2002), en <<http://www.umn.edu/humanrts/africa/comcases/allcases.html>> [de aquí en adelante Decisión].

130. Id., para. 49.

estaba involucrado en la producción de petróleo a través de la NNPC en consorcio con la SPDC y que las operaciones producían contaminación causando degradación ambiental y problemas a la salud; que el consorcio desechó residuos tóxicos en violación a los estándares internacionales en materia ambiental aplicables y causó numerosos derrames evitables cerca de los poblados, envenenando consecuentemente la mayoría del suelo y del agua de la región; que el gobierno colaboró con estas violaciones poniendo a los poderes legales y militares del Estado al servicio de las compañías de petróleo; y que el gobierno ejecutó a líderes Ogoni y, a través de sus fuerzas militares, mató a civiles inocentes y atacó, incendió y destrozó pueblos, hogares, cosechas y animales de granja. La Comunicación también alegó que el gobierno no controló las actividades de las empresas petroleras, no proveyó información a las comunidades locales, no llevó a cabo ningún estudio de impacto ambiental e impidió a los científicos realizar estudios independientes.

El 13 de agosto de 1996, la Comisión transmitió una copia de la comunicación al Gobierno Nigeriano, que no respondió. El gobierno mantuvo su silencio hasta el retorno de autoridades civiles, cuando admitió la violación verbalmente durante una sesión de la Comisión en Noviembre de 2000 y aseguró que estaba tomando medidas internas para repararla.¹³¹ A pesar de la falta de comunicación oficial en el interín de cuatro años, la Comisión condujo una misión a Nigeria de una semana de duración en marzo de 1997 “y fue testigo presencial de la deplorable situación en Ogoniland, incluyendo la degradación ambiental”¹³².

En el informe sobre el fondo,¹³³ la Comisión primero estableció lo que se espera generalmente por parte de los Gobiernos, según las

131. El Gobierno sostuvo que “no puede negarse el hecho de que una serie de atrocidades fueron y aún son cometidas por las Compañías petroleras en Ogoniland y el Área del Delta de Nigeria”, nota verbal, referencia No. 127/2000, transcripta en la Decisión, supra note 2, para. 42.

132. Decisión, para. 67.

133. El único asunto de admisibilidad involucraba el agotamiento de los recursos internos. La Comisión notó que la Comunicación no contenía información sobre acciones en tribunales locales alegando las violaciones, a pesar que Nigeria había incorporado la Carta a su legislación local, permitiendo de esa manera que todos los derechos de la Carta puedan ser invocados ante tribunales locales. La Comisión tomó nota, sin embargo, de que el gobierno militar había elaborado varios decretos quitándole jurisdicción a los tribunales locales, de esa manera, no podía decirse que existía ningún recurso interno útil. Adicionalmente, la falta de respuesta del gobierno a la Comunicación, a pesar de numerosos requerimientos de la Comisión, permite que el caso prosiga sobre la presunción de veracidad de los hechos alegados. La Comisión consideró que ninguna de las razones por las cuales se exigía el agotamiento de los recursos internos justificaba desestimar la admisibilidad del caso. En primer lugar, si no existían recursos internos efectivos, no tenía sentido dar una oportunidad a los tribunales locales de determinar las violaciones, con el fin de evitar “resoluciones contradictorias sobre el derecho en el nivel nacional e internacional”. En segundo término, dado que el Gobierno Nigeriano ha tenido “amplio conocimiento y, durante las décadas pasadas, suficientes oportunidades para dar soluciones locales” a los problemas de Ogoniland de violaciones de los Derechos Humanos, no era prematuro citar al gobierno a responder frente a un tribunal internacional. Id., para. 38.

provisiones de la Carta. Destacó cuatro obligaciones separadas pero que se superponen con respecto a los derechos consagrados: respetar, proteger, promover y garantizarlos. De acuerdo con la Comisión “estas obligaciones se aplican universalmente a todos los derechos e implican una combinación de obligaciones positivas y negativas”¹³⁴.

El respeto implica abstenerse de interferir en el “goce de todos los derechos fundamentales”¹³⁵. Con respecto a los derechos socioeconómicos, en particular, el respeto significa que:

Los Estados están obligados a respetar el libre uso de los recursos propios a disposición de las personas, individualmente o bajo cualquier otra forma de asociación con otros, incluyendo el hogar o la familia, para satisfacer sus necesidades fundadas en derechos. Con respecto a un grupo colectivo, los recursos que le pertenecen deben ser respetados, ya que este grupo debe utilizarlos para satisfacer sus necesidades¹³⁶.

La protección de los derechos requiere de legislación interna y de previsión de mecanismos judiciales efectivos para asegurar que los poseedores de esos derechos sean protegidos “contra otros sujetos” y de “interferencias políticas, económicas y sociales”¹³⁷. La promoción involucra acciones tales como “promover la tolerancia, despertando conciencia y...construyendo infraestructura.”¹³⁸ Finalmente, el pleno cumplimiento de los derechos y libertades requiere que el Estado ponga en marcha su “maquinaria” para la verdadera realización de los derechos – por ejemplo, atendiendo directamente, según sea necesario, “necesidades básicas tales como comida o recursos que pueden ser usados para procurarse comida (ayuda alimentaria directa o seguridad social).”¹³⁹ Dado que los Estados están “obligados en general” con las cuatro obligaciones mencionadas anteriormente, por los compromisos adoptados por los instrumentos de derechos humanos,¹⁴⁰ era incumbencia de la Comisión tomar estas obligaciones

134. Id., para. 44 (citado en Asbjørn Eide, Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, in ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: A TEXTBOOK 21 (Asbjørn Eide, Catarina Krause, & Allan Rosas eds., 1995) [en adelante ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS]).

135. Id., para. 45.

136. Id.

137. Id., para. 46.

138. Id.

139. Id., para. 47 (citando Eide, supra, at 38).

140. Id., para. 48.

en cuenta en la valoración de los alegatos de las Comunicaciones en relación a la Carta Africana y “los instrumentos y principios internacionales de derechos humanos relevantes.”¹⁴¹

La Comisión primero valoró el pedido de violaciones a los derechos a la salud (art. 16) y a un medioambiente sano (art. 24). Complementando los dos derechos, la Comisión -transcribiendo un artículo de Alexandre Kiss en el “derecho al medioambiente”¹⁴²- reconoció que “un ambiente sano y limpio...está claramente unido a los derechos económicos y sociales, a tal punto que el ambiente afecta la calidad de vida y la seguridad de los individuos.”¹⁴³ Consideró que el derecho a un medioambiente sano “impone obligaciones claras a los gobiernos” requiriendo que los Estados “tomen medidas razonables para prevenir la polución y la degradación ambiental, para promover la conservación y para asegurar el desarrollo ecológicamente sustentable y el uso de los recursos naturales.”¹⁴⁴ Mas aún,

El cumplimiento por parte de los gobiernos de los artículos 16 y 24 de la Carta Africana, incluye ordenar o al menos permitir el monitoreo científico independiente de los ecosistemas amenazados, requiriendo y publicitando estudios de impacto ambiental y social previo a cualquier emprendimiento industrial de envergadura, desarrollando el monitoreo apropiado y proveyendo de información a aquellas comunidades expuestas a materiales y actividades peligrosas y generando oportunidades reales a los individuos de ser oídos y de participar en el desarrollo de decisiones que afecten sus comunidades.¹⁴⁵

82

Aplicando estas obligaciones a los hechos del caso, la Comisión concluyó que a pesar de que Nigeria tenía derecho a producir petróleo,

141. Id., para. 49. La Carta Africana establece que la Comisión debe buscar inspiración en el derecho internacional de los derechos humanos y de los pueblos, incluyendo la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos de ONU, los instrumentos de las agencias especializadas y, como medidas subsidiarias para determinar los principios generales del derecho, otras convenciones internacionales generales o especiales, las prácticas africanas consistentes con las normas internacionales, los principios generales del derecho, los precedentes legales y la doctrina. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Arts. 60, 61.

142. Decisión, para. 51 (citando a Alexandre Kiss, *Concept and Possible Implications of the Right to Environment*, in *HUMAN RIGHTS IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: A GLOBAL CHALLENGE* 551, 553 (Kathleen Mahoney & Paul Mahoney eds, 1993)).

143. Id., para. 51 (citando al Comité DESC de ONU, Observación general No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de Salud, UN Doc. E/C.12/2000/21 (2000)).

144. Id., para. 52.

145. Id., para. 53.

no había protegido los derechos consagrados en el artículo 16 y en el artículo 24 de los habitantes de la región de Ogoni.

Los beneficios de desarrollar reservas de petróleo también fueron cuestionadas en este caso. La Comisión consideró que, tomadas en conjunto, la falta de participación del pueblo de Ogoni, el rol destructivo jugado por el desarrollo de petróleo, las tácticas represivas del gobierno y la falta de beneficios materiales para la población local “puede claramente decirse” que constituye una violación a los derechos del pueblo de Ogoni protegidos por el artículo 21, referidos a la disposición y uso de las riquezas y los recursos naturales. La Comisión trazó los orígenes de esta provisión en las postrimerías de la explotación colonial, que, apunto, dejó a la población y a los recursos de África vulnerables a la malversación extranjera. El artículo 21 requiere que el gobierno proteja a sus ciudadanos de actos nocivos por parte de actores privados.¹⁴⁶ El gobierno nigeriano no ofreció la protección necesaria y no mostró ni siquiera la mínima conducta esperada de un gobierno: “facilitó la destrucción de Ogoniland” al “dar luz verde a los actores privados y a las Compañías petroleras en particular, para afectar de manera devastadora el bienestar de los Ogonis.”¹⁴⁷

La Comisión leyó ampliamente las garantías de la Carta Africana para encontrar los derechos implícitos a una vivienda adecuada y a la alimentación. Razonando que “cuando la vivienda es destruida, la propiedad, la salud y la vida familiar se ven adversamente afectadas,” la Comisión consideró el derecho a la vivienda o, por lo menos el derecho a ser libre de la “destrucción injustificada de la vivienda” como un corolario de la combinación del derecho a la salud, a la propiedad y a la protección acordada a la familia.¹⁴⁸ De esta manera, como mínimo, el

146. En este punto, la Comisión cita no sólo sus propias decisiones en *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés de la Federation Nationale des Unions de Jeunes Avocats de France v. Chad*, Comunicación No. 74/92, NOVENO INFORME DE ACTIVIDADES, 1995–1996, Annex VIII (Comisión Afr. De DDHH y de los pueblos.), reimpresso en DOCUMENTOS DE LA COMISION AFR. DE DDHH Y DE LOS PUEBLOS 449 (Rachel Murray & Malcolm Evans eds., 2001), sino que también cita jurisprudencia de otros cuerpos de DDHH: *Velasquez Rodríguez v. Honduras*, Corte IDH. (ser. C) No. 4 (1988), and *X & Y v. Netherlands*, 91 Eur. Ct. H.R. (ser. A) at 32 (1985).

147. Decisión, para. 58.

148. Id., para. 60. La Carta Africana reconoce el derecho a la propiedad en el artículo 14 (“el derecho a la propiedad debe ser garantizado. Sólo puede ser limitado por una necesidad pública o en el interés general de la comunidad y de acuerdo con las provisiones de las leyes apropiadas”), el derecho a la salud del artículo 16 (“todo individuo tiene derecho a disfrutar del mejor estado de salud mental y psíquica”), y la obligación del Estado de proteger a la familia en el artículo 18(1) (“La familia debe ser la unidad natural y la base de la sociedad. Debe ser protegida por el Estado...”).

Estado no debe destruir viviendas ni obstruir los esfuerzos hechos por los individuos para reconstruir sus hogares. Más aún, las obligaciones estatales de respetar el derecho a una vivienda adecuada, requieren abstenerse de llevar adelante, alentar o tolerar cualquier práctica, política o medida legal que interfiera con la posibilidad de los individuos de usar recursos materiales u otros disponibles para satisfacer sus necesidades habitacionales particulares, familiares o comunitarias.¹⁴⁹ Requiere que el Estado, por un lado, prevenga que los actores no estatales, incluyendo los constructores, violen cualquier derecho particular a la vivienda y, por el otro, que prevea recursos legales para cuando dicha violación ocurra. El derecho a una vivienda adecuada también trae aparejado el derecho a la protección contra los desalojos forzados.¹⁵⁰

La Comisión consideró que el gobierno, al destruir las casas y los poblados de Ogoni y luego obstruyendo y acosando a aquéllos que intentaban regresar para reconstruir sus hogares, incurrió en una “masiva violación del derecho a la vivienda”¹⁵¹ también consideró que el gobierno, con los desalojos forzados, violó un derecho “gozado por los Ogonis como un derecho colectivo”¹⁵²

De manera similar al análisis del derecho a la vivienda, la Comisión consideró el derecho a la alimentación como una garantía implícita en la Carta Africana –inseparablemente unido a la dignidad de los seres humanos y de esta manera esenciales para el goce y el cumplimiento de otros derechos, así como la salud, educación, trabajo y participación política. El “núcleo mínimo” del derecho a la alimentación, violado por Nigeria en este caso, requiere que el gobierno no destruya ni contamine los recursos alimentarios, ni permita a los particulares hacerlo, o cree obstáculos significativos a los esfuerzos de las personas de alimentarse a sí mismas, a través del terror.”¹⁵³

149. Decisión, para. 61 (citando a Scott Leckie, *The Right to Housing*, in *ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS*, supra note 9, at 107, 113).

150. Id., para. 63. La Comisión usó la definición de desalojos forzados desarrollada por el Comité DESC de NU en su Observación general N° 7: el derecho a una vivienda adecuada, UN Doc. E/C.12/1997/4 (1997) (desalojos forzados definidos como “como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos”).

151. Decisión, supra note 2, para. 62.

152. Id., para. 63 (citando al Comité DESC de NU en su Observación general N° 4: El Derecho a una Vivienda Adecuada, UN Doc. E/C.12/1991/4 (1991)).

153. Id., para. 65.

Finalmente, la Comisión consideró que el gobierno y las compañías de petróleo habían violado el derecho a la vida del artículo 4 al comprometerse en “asesinatos y amenazas”¹⁵⁴. Adicionalmente, “la polución y la degradación ambiental a un nivel humanamente inaceptable, ha hecho de la vida [en Ogoniland] una pesadilla”¹⁵⁵ no sólo para individuos específicos, sino para toda la comunidad de Ogoni.

La Comisión concluyó su análisis enfatizando que los derechos colectivos, los derechos al ambiente sano y los derechos económicos y sociales son elementos esenciales de los derechos humanos en la Carta Africana, que la Comisión intenta aplicarlos y que “no hay ningún derecho en la Carta Africana que no pueda hacerse efectivo”¹⁵⁶. Si bien los gobiernos deben trabajar bajo circunstancias difíciles para mejorar la vida de su pueblo, deben reconsiderar sus relaciones con las corporaciones multinacionales si estas relaciones no son respetuosas del bienestar general y de los derechos de los individuos y comunidades. La Comisión llamó al gobierno nigeriano a detener todos los ataques a las Comunidades Ogoni, a permitir a investigadores independientes libre acceso al territorio para llevar a cabo una investigación de las violaciones a los derechos humanos ocurridas; a perseguir penalmente a los responsables de cualquiera de esas violaciones; a asegurar una adecuada reparación a las víctimas, incluyendo una limpieza comprensiva de las tierras y los ríos afectados por las operaciones de petróleo; a asegurar que estudios ambientales y sociales apropiados sean preparados en el futuro previo a emprendimientos de explotación petrolera y que existan cuerpos efectivos e independientes en la industria petrolera, y a proveer información sobre riesgos a la salud y ambientales a aquellas comunidades propensas a ser afectadas por riesgos ambientales, así como su acceso real a los cuerpos reguladores y de toma de decisiones.

85

La decisión de la Comisión que establece que todos los derechos de la Carta Africana son directamente ejecutables y pueden ser sujetos al sistema de comunicaciones, pone al sistema africano sensiblemente a la vanguardia de los otros sistemas regionales -que han cambiado tentativamente entre permitir peticiones de derechos económicos, sociales y culturales y que reconocen sólo parcialmente el derecho a un medio ambiente sano. Las Naciones Unidas han mostrado incluso menos voluntad de progreso en ambos aspectos. Si el gobierno nigeriano cumple con las recomendaciones de la Comisión, la decisión tiene el potencial de tener impacto en el derecho de los derechos humanos y en su práctica, mucho más allá de las fronteras de África.

154. Id., para. 67.

155. Id.

156. Id., para. 68.

Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales *

Sergio García Ramírez**

1. Consideración General: Declaración De Derechos Y Protección Jurisdiccional

La protección de los derechos humanos se cifra en la expresión integral de las libertades y expectativas inherentes a la dignidad humana y los instrumentos suficientes y eficientes para trasladar aquéllas a la realidad cotidiana. En otros términos, la solución jurídico-filosófica (que no ocurre de una sola vez: los derechos humanos figuran en un catálogo siempre inconcluso, pero también irreductible) se acompaña de una solución jurídico-política (que tampoco se agota en un solo esfuerzo)¹. La primera proclama derechos y libertades; la segunda construye garantías e instituciones.

Ésta ha sido la ruta cumplida por el Derecho interno, a través de sus desarrollos constitucionales e institucionales, y es el camino en curso para el Derecho internacional, con sus fórmulas características. El constitucionalismo marcó la pauta que seguiría y ampliaría el internacionalismo. En fin de cuentas, se trata de caminos paralelos con tiempos y desarrollos diferentes, cada vez mejor comunicados entre sí.

87

La primera revolución generadora del escudo protector del ser humano se concentró en un puñado de derechos indispensables: el mínimo radical en su hora². Las revoluciones posteriores ampliaron el paisaje y

* Trabajo presentado en el Seminario sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame, en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 26 de julio del 2002.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. En este sentido, cfr. Bobbio, Norberto, "Presente y futuro de los derechos humanos", en Anuario de Derechos Humanos 1981, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, 1982, p. 10; El problema de la guerra y las vías de la paz, trad. de Jorge Binaghi, España, Ed. Gedisa, 1982; y L'età dei diritti, Einaudi Tascabili, Torino, 1997, cit., p. 16.
2. La sección 1 de la Declaración de Derechos de Virginia, del 12 de junio de 1776, se refiere solamente a "el goce de la vida y la libertad, con los medios para adquirir y poseer la propiedad, y buscar y conseguir la felicidad y la seguridad". La Declaración de Independencia de los Estados Unidos, del 4 de julio de 1776, alude a "la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad". La Declaración francesa del 20-26 de agosto de 1789 menciona: "la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión" (artículo 2).

añadieron libertades o expectativas novedosas: los nuevos mínimos radicales. No puedo omitir aquí la referencia a la Constitución mexicana, que tuvo la virtud de innovar en los primeros momentos del siglo pasado. “Lo social” fue su rasgo distintivo³. De esta suerte -o a partir de este paso- el constitucionalismo social contribuiría a la creación del constitucionalismo total: a los derechos civiles y políticos se añadirían paulatinamente -en un viaje que supongo sin retorno, aunque las tentaciones del regreso acechan siempre- los “otros” derechos: económicos, sociales, culturales. Hoy, ambas especies definen la identidad y la obra del Estado de Derecho gobernado por un “constitucionalismo antropocéntrico”⁴.

En el ámbito internacional ha ocurrido un fenómeno semejante, que se desarrolla en varias etapas⁵. Primero figuraron los derechos civiles y políticos -bajo el discutido título de “primera generación de los derechos humanos”⁶-, y sólo más tarde -y con notoria reticencia- los sociales, económicos y culturales -bajo el rubro de “segunda generación de los derechos humanos”, un concepto que a veces parece denotar derechos de “segunda clase”⁷.

Esa sucesión en el patrocinio y la vigencia de los derechos, o por lo menos el deslinde entre dos categorías que pudieron ser un solo

3. Cfr. García Ramírez, “Raíz y horizonte de los derechos ‘sociales’ en la Constitución Mexicana”, en idem, *Estudios Jurídicos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, pp. 15 y ss.
4. Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, pp. 3 y 115.
5. Como sigue: primera, “dicotomía” entre los derechos civiles y políticos, por una parte, y los económicos, sociales y culturales, por la otra; segunda, “superación doctrinaria de dicha dicotomía por el reconocimiento de la indivisibilidad de los derechos humanos”; tercera, “búsqueda de solución para una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales”, y cuarta, evolución de la materia en los próximos años. Cfr. Cançado Trindade, Antônio, “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Estudios básicos de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, t. I, 1994, pp. 39 y ss.
6. Cançado Trindade impugna este concepto, al que se refiere como una teoría “reminiscente de la triada liberté/égalité/fraternité de los compatriotas de Voltaire (con posible mérito pedagógico o quizás literario): dicha construcción teórica ha ejercido y sigue ejerciendo una cierta fascinación en nuestros círculos jurídicos, reflejada en la bibliografía especializada latinoamericana, a pesar de (ser) históricamente inexacta y jurídicamente infundada”. “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Varios, El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Juan E. Méndez y Francisco Cox, Editores. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 583.
7. Cfr. Bolívar, Ligia, “Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”, en *Varios, Estudios básicos de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, t. V, p. p. 87.

conjunto, nutrieron la experiencia de Europa, a través de la Convención de Roma y la Carta Social Europea⁸; de las Naciones Unidas, a partir de los Pactos Internacionales⁹, y de nuestra América, servida por una Convención Americana y un Protocolo de segunda generación¹⁰ -suscripto veinte años después de aquélla: el diferimiento es por sí mismo elocuente-, con el que culminó el también segundo esfuerzo por integrar en un amplio marco ciertas facultades y determinados compromisos que pueden y deben verse, examinarse, aplicarse y exigirse como uno solo: los derechos humanos, sencillamente. Es diferente el caso de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos -Carta de Banjul-, de 1981, en la que figuran tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales (artículos 14 y siguientes), e incluye los denominados derechos de los pueblos (artículos 19 y siguientes)¹¹.

Al final del prolongado proceso y del arduo debate, se llega a una firme conclusión: el carácter integral de los derechos humanos. Todos son, de una sola vez, el escudo protector del ser humano: se reclaman, condicionan y perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención¹². No podríamos decir que la dignidad humana se halla a salvo donde existe, quizás, esmero sobre los derechos civiles y políticos -o sólo algunos de ellos, entre los más visibles -y desatención

8. Convención (de Roma) sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1950, y Carta Social Europea, de 1961.

9. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, ambos ratificados por México.

10. Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José-, de 22 de noviembre de 1969, y Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador- de 17 de noviembre de 1988, también ratificados por México.

11. Con ello, "los Estados africanos se anticiparon de manera significativa acerca de la evolución futura". Caçado Trindade, "La protección internacional...", en Varios, Estudios básicos..., cit., p. 44.

12. En los términos de los Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "en vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación y promoción de ambos: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales" (principio 3). En la "Introducción" de este documento se explica que "un grupo de distinguidos expertos en el campo del derecho internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht, los Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos de América), se reunió en Maastricht el 2-6 de junio de 1986 con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la consideración por parte del recientemente constituido Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del ECOSOC, de los informes presentados por los Estados Partes; y la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto".

acerca de los otros. Las libertades de expresión o de sufragio no absuelven ni compensan la ignorancia, la insalubridad y la miseria. La Carta Magna del hombre moderno -a varios siglos de la *Magna Charta* medieval, e incluso de las declaraciones americanas y francesa- recoge en un haz los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales¹³. El criterio de la unidad, que impide trazar divisiones rigurosas entre las categorías de derechos humanos, ha llegado a la jurisdicción internacional¹⁴.

Planteado el carácter integral de los derechos, procede plantear igualmente el carácter integral de su protección: la denominada "justiciabilidad" de aquéllos, o puesto de otra forma: la posibilidad efectiva de protección jurisdiccional, promovida al través de una acción procesal y alcanzada por medio de una sentencia de necesario cumplimiento para el obligado; una sentencia que convierte la pretensión en certeza, y la certeza en ejecución.

Esta "justiciabilidad" o protección jurisdiccional es apenas la consecuencia de que vengan al caso derechos genuinos -no apenas expectativas de derechos, promesas o esperanzas-, y de que exista, seriamente, su contrapartida jurídica: deberes auténticos, que, por serlo, pueden ser activados mediante la pretensión de tutela acogida en la sentencia. Sin embargo, el avance de la indivisibilidad de los derechos humanos "ha encontrado, hasta el presente, una consagración más consistente en el plano normativo que en el plano procesal u operacional"¹⁵. Esta situación se refleja con más intensidad en el supuesto de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁶, e

13. Los Principios de Limburg recuerdan que la Declaración Universal y ambos Pactos internacionales, derivados de ésta, "en su conjunto constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos" (principio 2). Cfr., asimismo, Montaño, Jorge, Las Naciones Unidas y el orden mundial. 1945-1992, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 77, y Morgan Sotomayor, Yerenit, "Los derechos humanos en la Organización de las Naciones Unidas", en Revista Mexicana de Política Exterior, nos. 55-56, febrero de 1999, pp. 71-72.

14. A este respecto, es ampliamente conocido y citado el Caso Airey -un *leading case*- en el que la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que no existe división insalvable entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales. Cfr. Airey Case, judgment of 9 October 1979, ECHR, Series A No. 32, pár. 26.

15. Cançado Trindade, "La protección internacional...", en Varios, Estudios básicos..., cit., t. I, p. 60.

16. Los medios de protección nacional e internacionalmente establecidos a propósito de los derechos económicos, sociales y culturales se hallan generalmente en una "etapa más embrionaria" que los correspondientes a los otros derechos. En rigor, no existen instrumentos de protección "específicamente diseñados" para aquéllos. Cfr. Rosas, Allan, y Scheinin, Martin, "Implementation mechanisms and remedies", en Eide, Asbjorn, Krause, Catarina, and Rosas Allan (eds.), Economic, social and cultural rights. A textbook, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1995, pp. 355 y 367.

incluso ha militado en contra de la franca admisión de la naturaleza de aquéllos como auténticos derechos¹⁷.

En este orden hay diversas experiencias nacionales e internacionales. Entre aquéllas destacan las admisiones de la protección jurisdiccional de los derechos sociales y económicos por medio de los procesos destinados a la tutela judicial de la libertad y otros medios procesales semejantes; en algunos casos, estos progresos vienen de la Constitución¹⁸; en otros, son obra de la jurisprudencia¹⁹.

17. Cfr. Rosas y Scheinin, "Implementation mechanism...", en Eide, Kraude and Rosas, Economic, social..., cit., p. 375. Los autores manifiestan que si algunos derechos de este carácter no parecen susceptibles de tutela a través de los mecanismos tradicionales de petición individual, pudieran serlo por medio de sistemas de reclamación colectiva. *Ibidem*.
18. Un proyecto de reforma constitucional y legal auspiciado por la Suprema Corte de Justicia de México propone la adopción de un nuevo texto en el artículo 103 constitucional, con su correspondencia en la Ley de Amparo que igualmente se sugiere (artículo 19): "Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías que consagra esta Constitución o los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con la propia Constitución, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado". Cfr. las Exposiciones de Motivos de la reforma constitucional y de la propuesta Ley de Amparo, en Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. SCJN, México, 2001, pp. 31-32 (Ley de Amparo) y 255-257 (Constitución). Por su parte, el primer párrafo del artículo 27 de la nueva Constitución venezolana, de 1999, estatuye: "Toda persona tiene el derecho de ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a las personas que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos".
19. La jurisprudencia federal mexicana ha sostenido el empleo del juicio de amparo para la tutela de las garantías individuales contempladas en los primeros veintinueve artículos de la ley suprema. Así, las resoluciones del Pleno, Quinta época, t. XL, p. 2187, t. LXIX, p. 4731 y t. LXXI; Séptima época, t. XCIX, p. 1191 y t. C, p. 1026, y A.R. 5588/73. No se ha diseñado este recurso de constitucionalidad para tutelar derechos de ciudadanos - como son los derechos políticos-, sino derechos de individuos. En cuanto a los temas sociales, es notable el desarrollo del amparo "social" agrario, con características propias. Ha dicho la Suprema Corte, aludiendo a la suplencia de la queja en materias agraria y obrera, que esta especie del amparo no se refiere solamente, como en el siglo XIX, a cuestiones individuales, sino también a garantías sociales, "o bien (a) los derechos económicos, culturales y sociales, como se les llama en el lenguaje internacional". Sala Auxiliar, Séptima época, A.R. 7637/63. Interesa observar que la justicia federal no se ha inclinado a explorar las ventajas políticas de ciertos actos de autoridad: la Suprema Corte -se dijo hace tiempo- no puede hacer estudios sociales para determinar si una medida de autoridad es acertada o no; sólo se ocupa de violación a garantías. Segunda Sala, Quinta época, A.R. 4269/37. Ultimamente, la justicia federal ha avanzado en el examen de otros derechos sociales, a partir del artículo 4 constitucional. Así, consideró que la tutela del derecho a la protección de la salud abarca el suministro de medicamentos por parte de las dependencias y entidades públicas que prestan los respectivos servicios. Éstas deben contar con esos medios conforme al cuadro básico, y no pueden excusarse argumentando que deben hacer frente, también, a otras enfermedades. Pleno, Novena época, A.R. 2231/97, t. XI, marzo 2000, tesis XIX/2000, p. 112.

La protección jurisdiccional de los derechos -en este ámbito, como en cualquier otro- no pierde de vista que aquélla se ejercerá, como es obvio, de acuerdo con la naturaleza y las características del asunto controvertido. No podría ser de otro modo. Empero, esta necesaria especificidad no debiera servir como argumento para negar la tutela jurisdiccional misma, diferirla indefinidamente o sujetarla a condiciones, modalidades y circunstancias que finalmente la rehusan o desvanecen.

En la búsqueda de soluciones adecuadas para la especificidad de la tutela jurisdiccional, que también lo es del acceso a la justicia, se ha especulado en nuestra jurisdicción sobre la distinción entre derechos inmediatamente exigibles y derechos mediamente exigibles²⁰. En rigor, todos los derechos son exigibles -de lo contrario carecerían de la calidad de derechos y no existirían, en contrapartida, auténticos deberes-, aunque la exigibilidad pueda verse sujeta a modalidades de forma, tiempo o medida.

Este punto enlaza con la cuestión de la “progresividad”, dato que ha caracterizado a los derechos que ahora nos ocupan. ¿Es exigible, por la vía jurisdiccional, la observancia de unas normas y la satisfacción de unos derechos cuyo cumplimiento es progresivo? Si así fuera, el órgano judicial se convertiría en agente de la democracia social. Un importante sector de la doctrina apoya esa posibilidad, en una doble dirección: recepción judicial del reclamo contra medidas “diametralmente opuestas” a la realización progresiva de las cláusulas de este carácter, por una parte, y bloqueo de las disposiciones regresivas, por la otra²¹.

20. En un interesante Voto separado del juez Rodolfo E. Piza E., de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con respecto a la Opinión Consultiva 4, se afirmó la importancia de “distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, ‘exigibles directamente por sí mismos’, y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, ‘exigibles indirectamente’, 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. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos o de otros derechos, son circunstanciales e históricamente condicionados, pero si puede afirmarse, en general, que cuando quiera que se concluya en que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva”. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 6 (del Voto).

21. Eugenio Raúl Zaffaroni considera que “es judicialmente reclamable la neutralización de cualquier medida regresiva respecto de un cierto nivel o standard alcanzado”. En algunos casos -recuerda-, la prohibición se halla expresamente prevista, como sucede en el supuesto de abolición progresiva de la pena de muerte, conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; “pero de ninguna manera se requiere la expresa mención (prohibitiva) en las cláusulas programáticas, porque todas ellas son ‘progresivas’ y, por ende, la prohibición de regreso está implícita en razón de su esencia”. “La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central: la independencia del juez”, en Varios, La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez. Unión Europea/Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), San José, Costa Rica, 1996, p. 24.

A propósito de estas cuestiones, verdaderamente centrales en la materia a la que sirven estas notas, conviene recordar, por una parte, que no todos los derechos sociales son, por fuerza, de realización progresiva²²: los hay que pueden ser inmediatamente reclamados²³. De esto son ejemplos bien sabidos el derecho a la asociación sindical y varios derechos conectados con la educación. Por otra parte, la progresividad misma es, de suyo, un derecho reclamable: caminar ya, ir adelante y no retroceder son, en efecto, el núcleo duro en el que se sustenta una primera exigencia²⁴ y se apoya la “justiciabilidad” de la materia; otras tienen que ver con los avances que se logren, precisamente en virtud de la progresión puntualmente cumplida.

Evidentemente, la tutela jurisdiccional no es la única posible, ni tampoco la única deseable. Otras fórmulas -cuyo empleo no desplaza, por supuesto, el trabajo de casos²⁵- se han construido antes

22. En el examen del artículo 2.1 del correspondiente Pacto Internacional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostuvo que aquél impone diversas obligaciones de efecto inmediato, a saber: "a) obligación de 'adoptar medidas' ('to take steps') poco después de la entrada en vigor del Pacto (artículo 2.(1)); b) compromiso de garantizar el ejercicio de derechos protegidos 'sin discriminación'; c) aplicabilidad 'inmediata' de determinadas disposiciones por órganos judiciales y otros en los ordenamientos jurídicos internos (artículos 3; 7 (a)(i); 8; 10(3); 13 (2)(a), (3) y (4); y 15(3)); d) obligación general de buscar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos; e) 'obligaciones mínimas' ('minimum core obligations') en relación con todos los derechos consagrados, y, en caso de no cumplimiento, obligación de probar que el máximo de los recursos disponibles' (a nivel nacional, así como mediante la cooperación y asistencia internacionales) fue utilizado, o se intentó utilizarlo, para la realización de los derechos consagrados (artículos 11, 15, 22 y 23 del Pacto); f) en épocas de graves crisis económicas, de procesos de ajuste, de recesión económica, obligación de proteger los sectores y miembros más vulnerables de la sociedad por programas específicos de relativamente bajo costo (comentario general No. 3, de 1990)". Cançado Trindade, "La protección internacional...", en Varios, Estudios básicos..., cit., pp. 58-59.

23. En los Principios de Limburg se previene: "Aunque la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto (Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) se logra progresivamente, la aplicación de algunos de estos derechos puede hacerse justiciable de inmediato mientras otros derechos pueden hacerse justiciables con el paso del tiempo" (8).

24. Señalan los Principios de Limburg: "Todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar de inmediato a adoptar medidas que persigan la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto" (16). Igualmente, se indica: "La obligación de 'lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos' requiere que los Estados Partes actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad. Al contrario, todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto".

25. Cfr. Bolívar, quien advierte: "Si bien la denuncia y el trabajo de casos en materia de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales no son suficientes para avanzar en un desarrollo (de esta materia), es indudable que son necesarios. 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". "Derechos económicos, sociales y culturales...", en Varios, Estudios básicos..., cit., t. V, p. 129.

o después, nacional e internacionalmente, para promover y lograr el imperio de los derechos humanos. Entre los instrumentos no jurisdiccionales del orden nacional destaca el ombudsman, que en México ha iniciado ya, afortunadamente, el camino de los derechos económicos, sociales y culturales²⁶, y que en algunos casos de muy reciente fecha ha invocado, en este campo, los pronunciamientos de la jurisdicción interamericana²⁷. Y en el plano internacional vienen al caso las diversas, benéficas y crecientes funciones asignadas a comisiones, comités y relatores, a través de informes, promociones, recomendaciones, relatorías y otros medios notables²⁸. Dado el tema del presente trabajo, atenido a la tutela jurisdiccional, no me corresponde ir más lejos sobre este punto, como no sea para reconocer la tarea que en este ámbito ha realizado -haciendo camino al andar- la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

26. La Comisión Nacional de Derechos Humanos, a partir de 1996, ha emitido recomendaciones relacionadas con la materia que ahora examinamos. Así, 1 sobre cobro indebido de contribuciones o impuestos; 1 acerca del incumplimiento en el pago de salario; 6 en torno al incumplimiento de prestaciones de seguridad social; 1 por negativa o inadecuada prestación del servicio público en materia de vivienda; 1 por el mismo concepto en relación con regularización de la tierra; 3 acerca del servicio público de educación; y 28 en el tema del servicio público de salud. Información directa, del 11 de julio de 2002, de la Dirección General de Quejas y Orientación. En cuanto a la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, son interesantes diversas recomendaciones: 4/94 (16 de mayo de 1994), acerca de la reducción de tasas de interés para los préstamos con garantía prendaria que otorga el Nacional Monte de Piedad; 6/95 (1 de junio de 1995), en relación con la igualdad legal y social entre hombres y mujeres y en contra de la solicitud de constancias de no hallarse la mujer en estado de gravidez; 13/95 (11 de septiembre de 1995) relativa a la prestación de servicios por parte de las instituciones de asistencia médica, sin discriminación alguna; 5/96 (3 de junio de 1996) relativa a medidas para mejorar el servicio de salud en hospitales del Distrito Federal; 1/2000 (3 de enero de 2000), sobre inadecuada atención médica; 4/2000 (5 de abril de 2000); y 1/2002, referente al replanteamiento de estrategias de promoción y defensa de derechos sexuales y reproductivos, para que los reclusos y las reclusas del Distrito Federal tengan acceso a vasectomía o salpingooclásia, en sus respectivos casos, “como métodos de planeación familiar sustentados en el ejercicio de una garantía constitucional”.
27. Cfr., por lo que toca a la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, las recomendaciones 1/2002 (7 de marzo de 2002) y 3/2002 (3 de junio de 2002).
28. Al respecto, cfr. Rosas y Scheinen, “Implementation mechanism...”, en Eide, Krause and Rosas (ed.) Economic, social....cit., pp. 355 y ss.; Craven, Matthew, “The protection of economic, social and cultural rights under the Inter-American System of Human Rights”, en Harris, David J., and Livingstone, Stephen (eds.), The Inter-American System of Human Rights, Clarendon Press-Oxford, 1998, pp. 289 y ss., y Bolívar, “Derechos económicos, sociales y culturales...”, en Varios, Estudios básicos..., cit., t. V, pp. 99-100.

2. La Convención Americana

En el espacio que más nos incumbe, la Declaración Americana de 1948²⁹ presentó el acervo de derechos sociales, económicos y culturales³⁰ que enlazan con la proclamación política y la disposición jurídica de la Carta de la Organización de los Estados Americanos³¹. En el anteproyecto de Convención Americana, un solo capítulo acogía la necesidad de que los Estados adoptaran internamente los derechos no incluidos en artículos precedentes, los objetivos económicos aportados por la Carta de la OEA y el instrumento de supervisión confiado a la Comisión Interamericana³².

El debate iniciado con las posiciones oficiales de varios Estados, por escrito, y reanudado en la Conferencia de San José, puso de manifiesto los temores y las adversidades: reparos de fondo y forma, proyectos

29. Desde una perspectiva crítica, se observa que "los términos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reflejan la forma tradicional de entender éstos: ambas cargan el acento sobre los derechos civiles y políticos y tratan los derechos económicos, sociales y culturales más como subproductos del desarrollo económico que como valores en sí mismos". LeBlanc, Larry, "The economic, social and cultural rights Protocol to the American Convention and its background", en *Netherlands Quarterly for Human Rights* (Utrecht), vol. 2, 1992, p. 130. El mismo autor comenta las diversas posiciones adoptadas en el proceso de redacción de la Declaración de 1948: "Los miembros del Comité Jurídico Interamericano estaban comprometidos con el principio de justicia social, en tanto que los delegados lo estaban con las realidades políticas que pudiera afectar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales". *Id.*, p. 144.

30. Derechos a: constituir familia y recibir protección para ella (artículo VI); protección, cuidado y ayuda a favor de la mujer grávida o en período de lactancia, y del niño (artículo VII); protección de la salud (artículo XI); educación, capacitación, igualdad de oportunidades y gratuidad de la instrucción primaria (artículo XII); participar en la vida cultural y beneficiarse de los progresos intelectuales y científicos (artículo XIII); trabajo digno y remunerado (artículo XIV); descanso, recreación y empleo útil del tiempo libre (artículo XV); seguridad social (artículo XVI); renunión -que puede ser, evidentemente, con fines económicos, sociales o culturales (artículo XXI), y asociación para promover intereses económicos, sociales, culturales, sindicales (artículo XXII).

31. El sistema interamericano fue el primero en otorgar expreso reconocimiento a los derechos económicos, sociales y culturales, a través de diversos instrumentos. Cfr. Craven, Matthew, "The protection of economic...", en Harris and Livingstone (eds.), *The Inter-American System...*, cit., pp. 289-290. Sobre la formación de la Convención, cfr. *id.*, pp. 297 y ss.

32. En ese capítulo, el artículo 26 reconocía la necesidad de adoptar internamente derechos no incluidos en los artículos precedentes, relativos a derechos civiles y políticos, y enunciaba, en párrafo separado, una relación de objetivos por alcanzar, de naturaleza esencialmente económica, siguiendo a este respecto las aportaciones hechas a la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires. El artículo 26 de anteproyecto atribuía a los Estados la obligación de informar a la Comisión Interamericana sobre el estado de los derechos correspondientes a esta materia, y confería a la Comisión la facultad de formular promociones y recomendaciones.

alternativos, propuestas de diferimiento³³. Al cabo, un grupo de trabajo planteó textos conciliadores³⁴ y la Relatoría general dio cuenta del trabajo cumplido y de los objetivos alcanzados³⁵. Por último, la comisión de estilo³⁶ y la propia Asamblea culminaron el trabajo, en pasos sucesivos -y también correctivos- hasta arribar al texto que la Convención ofrece en sus actuales artículos 26 y 42: más que lo que se tenía, pero menos de lo que muchos querían; en suma, nuevamente lo posible, dejando la vista tendida -hacia delante- en lo deseable.

33. Expresaron sus posiciones en sendos documentos, antes de la Conferencia, Uruguay (el apartado 2 del artículo 25 "recoge un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires. Su contenido no parece propio de una Convención, pero quizás no sea políticamente conveniente oponerse a la inclusión de dicho texto", p. 19), Chile ("Las disposiciones que han quedado en el proyecto en materia de derechos económicos, sociales y culturales, son las que merecen mayores reparos de fondo y forma"; "a estos derechos se les debería dar una redacción apropiada dentro del proyecto de Convención", pp. 42-43), Argentina "la segunda parte del artículo 25 es una transcripción textual del artículo 31, de la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires", y la facultad de recomendación que el artículo 26 confiere a la Comisión Interamericana "escapa y excede a su competencia y posibilidades", p. 47), República Dominicana (se debe suprimir el párrafo 1 del artículo 25, porque "en el artículo 70 ya se prevé un procedimiento por el que se puede lograr la ampliación gradual de la protección en forma de que incluya otros derechos", p. 69), México ("Despierta serias dudas la conveniencia de incluir en el anteproyecto los derechos consagrados en el artículo 25", p. 101), Guatemala (propone una reformulación de la materia (pp. 115-116) y Brasil (sugiere nuevo texto para el artículo 25, p. 124). Salvo Guatemala y Brasil, que sugirieron textos diferentes, los demás países cuestionaron la incorporación de las normas sugeridas en el anteproyecto. En el curso de la deliberación en San José, hubo intervenciones de los delegados de esos países, y también de los representantes de Colombia, Estados Unidos y Ecuador. Cfr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y documentos (OEA/Ser.K/XVI/1.2). Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., pp. cits. 19, 42-43, 47, 69-70, 101, 115-116 y 124.

34. El grupo de trabajo (constituido el 18 de noviembre e integrado por delegados de Estados Unidos, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Ecuador) separó los diversos derechos en secciones dentro de un mismo capítulo; propuso un texto de artículo 25, muy cercano al que luego quedaría; sugirió un artículo 26-bis, acerca de recomendaciones, promoción de convención especial o protocolos complementarios y observaciones ante la Asamblea General, todo ello como función de la Comisión Interamericana. Cfr. Conferencia Especializada..., Actas y documentos, cit., p. 276.

35. Cfr. *idem*, p. 303.

36. En la versión revisada por ésta figuraba el artículo 26, en los términos que prevalecerían, y un artículo 27 -que sería el actual 42- en el que se disponía que los Estados remitirían a la Comisión Interamericana copias de los informes que presentaran a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, "a fin de que aquélla verifique si se están cumpliendo las obligaciones antes determinadas, que son la sustentación indispensable para el ejercicio de los otros derechos consagrados en esta Convención". La parte final aparece modificada en el artículo 42 de la Convención, para corresponder a diversas objeciones formuladas en el curso del debate. Esa porción del precepto señala hoy: "a fin de que aquélla 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".

En fin de cuentas, la Convención Americana incluyó expresiones que ilustran el sentido, el rumbo y el contenido de estos afanes, y que reasumiría el Protocolo de San Salvador: es preciso consolidar un régimen de libertad personal y justicia social -glosemos: difícilmente se concebiría la una sin la otra- y sólo se puede realizar el ideal del ser humano libre, exento del temor y la miseria si se crean las condiciones que permitan a cada persona gozar de derechos civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales³⁷, idea que enlaza -literalmente- los propósitos del sistema interamericano con los designios que también expresa el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁸. De esta suerte se recibe asimismo la idea de una democracia integral con sus componentes político y social. Así aflora la democracia “calificada”³⁹, 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.

Veamos los lineamientos de la Convención Americana, en la medida de su pertinencia para el tema de los derechos que ahora interesan. Las

37. En el primer párrafo del Preámbulo de la Convención (asimismo, primer párrafo del Preámbulo del Protocolo de San Salvador), los Estados signatarios dicen: “Reafirmando su propósito de consolidar en este 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”; y en el cuarto párrafo (que tiene correspondencia exacta en el quinto párrafo del Preámbulo del Protocolo de San Salvador) expresan: “Reiterando (en el Protocolo: Recordando) que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 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”.

38. En el tercer párrafo del Preámbulo. Por su parte, la Carta Social Europea aborda este punto con otra perspectiva, menos imperiosa y comprensiva. En su Primera Parte reconoce como objetivo político “la realización de condiciones propias para asegurar el ejercicio efectivo de (diversos) derechos y principios”, que luego enuncia detalladamente y cuya realización perseguirán los Estados (artículo 20.1.a). En la Segunda Parte de la Carta se fijan los compromisos estatales (distintas medidas) para hacer efectivos los derechos consagrados en la Carta. La Carta contiene un complejo régimen de obligaciones que permite al Estado considerarse vinculado sólo por algunas de éstas (artículo 20.1 b y c).

39. Se ha dicho que la democracia sin adjetivos (*sans phrase*) es la democracia política. Cfr. Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. Miguel Ángel González Rodríguez, Tribunal Federal Electoral/Instituto Federal Electoral, México, 1993, p. 8. Esto representa una visión y una versión formales, de las que puede haber diversas lecturas, puesto que el régimen de ciudadanía, elecciones y democracia representativa no se reduce a una sola forma. Ahora bien, conviene recordar la esclarecedora expresión de John Dewey: considerar a una democracia sólo como un sistema de gobierno equivale a suponer que una iglesia es un edificio con bancas, púlpito y columnas, y un hogar es un arreglo geométrico de ladrillos y cemento. *The ethics of democracy*, cit. Edmundo Guerrero Gutiérrez, “La democracia y la nueva trinidad: libertad, igualdad, civilidad”, en Varios, *Valores de la democracia*, México, Instituto Federal Electoral, 1998, p. 118. El estudioso del tema no podría poner de lado la fórmula feliz del artículo 3º de la Constitución mexicana, debida a Jaime Torres Bodet.

obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 abarcan todos los derechos abarcados por el tratado, no apenas aquéllos que figuran en el Capítulo II. Esto abraza derechos que pudieran considerarse estrictamente civiles y políticos -si fuera posible una reducción tan rigorosa-, derechos fronterizos entre ambas especies, y derechos derivados del núcleo que propone el artículo 26 de la Convención.

Entre esos derechos de frontera -un lindero siempre movedizo, con frecuentes desplazamientos y amplias penetraciones- se hallan la no discriminación (art. 1.1), en cuanto concierne al acceso a satisfactores y prestaciones; las libertades de reunión (art. 15) y, sobre todo, de asociación para fines económicos, laborales, sociales, culturales y deportivos (art. 16.1); la protección de la familia (art. 17.1) y, específicamente, de los hijos (art. 17.4), y los derechos del niño, con su amplio catálogo de sujetos obligados (más allá de las fórmulas tradicionales que confinan el tema en las manos del poder público): familia, sociedad y Estado (art. 19); ciertos aspectos del derecho de propiedad (artículo 21.1 y 2), y la prohibición de la usura y de otras formas de explotación del hombre por el hombre (art. 21.3).

Podría agregarse algún extremo del derecho a la vida, si éste se concibe -como lo ha hecho una sentencia⁴⁰ a la que adelante me referiré- como más que un derecho a la existencia misma, a cubierto del arbitrio. Y habría que recordar que los derechos vinculados con la protección de la familia, la tutela del niño y, desde luego, la preservación de la vida, figuran entre los que se hallan expresamente excluidos del régimen de suspensión en las circunstancias excepcionales que menciona el artículo 27⁴¹.

98

El artículo 26, por su parte, contiene una fórmula que compromete acciones de los Estados y acredita facultades de los individuos, bajo el título enfático de "Derechos económicos, sociales y culturales". Hay, pues, un horizonte que debe observar la conducta política del Estado, pero también lo hay para la exigencia del destinatario de los beneficios de la Convención, en su conjunto, y titular de los derechos enunciados y anunciados por el epígrafe del Capítulo III, es decir, el ser humano.

A) En primer término, digamos que los Estados Parte en la Convención están obligados -porque así lo prescribe el artículo 26-

40. Así, en el Caso Villagrán Morales, al que me referiré *infra*, sub 6.

41. Este precepto, cuya hipótesis para la suspensión de garantías -el párrafo 1 aclara: para la adopción de "disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención"- son los casos "de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte", excluye de suspensión los derechos determinados en los artículos 4, 17 y 19, entre otros (párrafo 2).

a adoptar providencias para lograr los objetivos que el mismo precepto apunta. Esta adopción -que constituye una medida política, perfectamente acreditabile- no se halla sujeta a plazos o modalidades: existe sin más, y por ello puede ser reclamada, también sin más, si nos atenemos a la fórmula enfática y clara del artículo 26.

B) En segundo término, las medidas que el Estado adopte deben encaminarse a un objetivo también cierto y acreditabile: lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y educativas o culturales estipuladas en la Carta de la OEA. Es verdad que la condición “progresiva” del cumplimiento impide exigencias inmediatas -salvo que las circunstancias autoricen otra cosa- y pone en cuestión la posibilidad de reclamaciones a plazo fijo, pero también lo es que el artículo 26 dispone, en forma vinculante para el Estado y reclamable para el individuo, el objetivo de la actividad de aquél y el método para alcanzarlo. Se excluyen, pues, objetivos diferentes y procesos regresivos.

C) En tercero y último término, se ordena el avance en la medida de los recursos disponibles, que no son otros que aquéllos con los que cuente el Estado para cumplir el compromiso internacional adquirido y evitar, en consecuencia, la responsabilidad que surgiría del incumplimiento. Esto puede traer consigo cuestiones relevantes sobre prioridades en la aplicación de recursos, que no han escapado a la atención de los analistas de esta materia⁴².

D) Otros extremos del artículo 26 requieren ponderaciones específicas, que se relacionan con la pertinencia, la oportunidad o la conveniencia, todas ellas sujetas a una apreciación compleja: así, el carácter autónomo o cooperativo de las providencias, y las vías -legislativa o de otra naturaleza- que pudieran resultar idóneas para aproximar o asegurar la plena vigencia de los derechos procurados.

42. Refiriéndose al artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ligia Bolívar indica que la salvedad “hasta el máximo de los recursos de que (se) disponga”, incluida en ese precepto, “no puede considerarse absoluta, dando lugar a una postergación indefinida de los compromisos” en esta materia, sino “impone claras obligaciones al Estado”, que suponen “no sólo la irreversibilidad de los logros ya alcanzados -bien sea a nivel legislativo o en cuanto a desarrollo de políticas- sino también un énfasis especial en la asignación de recursos para estas áreas, por encima de otros rubros presupuestarios que no se revierten en la satisfacción de los derechos reconocidos en el Pacto”. “Derechos económicos, sociales y culturales...”, en Varios, *Estudios básicos...*, cit., t. V, p. 103. De ser así, los Estados “deben rendir cuentas ante la comunidad internacional y ante sus propios pueblos con respecto al cumplimiento de sus obligaciones bajo el Pacto”, señala el punto 10 de los *Principios de Limburg*. Se requiere la “utilización eficaz de los recursos de que se disponga” (23); y “los Estados Parte tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas” (25).

Todos los derechos que he mencionado, contenidos en el Pacto de San José y aceptados por los Estados -salvo lo que se desprenda de las reservas que éstos hubiesen formulado, casuísticamente- se hallan sujetos al régimen general de supervisión y decisión, o dicho de otra manera, a los “Medios de protección” instituidos por los artículos 33 y siguientes del mismo Pacto, entre ellos la cláusula facultativa del artículo 62. Esto se traduce en la posibilidad de que se actualice la atribución de la Corte Interamericana para conocer de cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales. De hecho, el abordaje de estas cuestiones se halla, natural y necesariamente, en el futuro inmediato de la jurisdicción interamericana⁴³.

Sobre este último punto, hay que invocar la estipulación del artículo 19.8 del Protocolo de San Salvador -al que inmediatamente me referiré-, que ordena a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tomar en cuenta, para el desempeño de las funciones que ese precepto le confiere, entre las que figura el ejercicio de la acción procesal ante la Corte, la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales. No hay regla semejante a propósito del tribunal interamericano, pero es evidente que éste debe considerar la misma orientación cuando asuma sus facultades jurisdiccionales en los términos del artículo 26 de la Convención o bajo los conceptos del artículo 1 del Protocolo.

100

3. El Protocolo de San Salvador

Por lo que toca al Protocolo de San Salvador -que ha entrado en vigor y constituye otro eslabón de la cadena regional de los derechos sociales, económicos y culturales⁴⁴- es pertinente distinguir diversas hipótesis en lo que respecta a los deberes de los Estados, las facultades de los individuos y, sobre todo, la justiciabilidad de los derechos en supuestos de incumplimiento.

A) El Protocolo, con criterio fuertemente restrictivo -cuya revisión es deseable- abre la vía del sistema de peticiones individuales, que culmina ante la jurisdicción interamericana, sólo en los casos de violación de los artículos 8.1, párrafo a), y 13 (artículo 19.6), que se refieren, respectivamente, a determinados derechos sindicales y al derecho a la educación, ampliamente.

43. Cfr. García Ramírez, “El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001, p. 1137.

44. Acerca del proceso de formulación del Protocolo de San Salvador, cfr. Craven, “The protection of economic...”, en Harris and Livingstone (eds.), *The Inter-American System...*, cit., pp. 307-308.

Por obra del artículo 8.1.a, en concordancia con el artículo 19.6, son justiciables la libertad del individuo para asociarse en organizaciones sindicales (que ya resultaba amparada por el artículo 16.1 de la Convención Americana) y la del sindicato -que es una proyección colectiva de un derecho individual, así reconocida explícitamente por el Protocolo- para asociarse o federarse, interior o exteriormente, y para funcionar con libertad.

Si bien es cierto que el artículo 19.6 sólo invoca expresamente el artículo 8.1.a, y de esta forma parece excluir el inciso b -sobre derecho de huelga- y el párrafo 2, también lo es que este segundo párrafo se halla inexorablemente atado al anterior y sujeto, por ello, a la apreciación y decisión jurisdiccional. Efectivamente, el Estado podría aducir en su favor la imposición de restricciones y limitaciones legítimas al ejercicio de la libertad sindical. En este supuesto, cuyo análisis es indispensable para resolver en juicio sobre la pretensión y la defensa, resultaría absolutamente indispensable entrar al examen jurisdiccional de ciertos extremos contenidos en el párrafo 2.

En cuanto al derecho a la educación -pieza clave en el conjunto de los derechos sociales, en sentido amplio-, se hallan sujetos a la jurisdicción de la Corte todos los supuestos del artículo 13, entre los que se incluyen nada menos que el sentido general del proceso educativo y sus compromisos axiológicos (artículo 13.2). En este marco surge también una posible proyección colectiva de un derecho individual -no calificada expresamente bajo este título por el Protocolo-, cuando se acepta la libertad de entidades, y no sólo de personas, para establecer y dirigir instituciones de enseñanza (artículo 13. 5).

101

B) Aun cuando el Protocolo sólo prevé explícitamente la justiciabilidad ante la Corte de violaciones a los artículos 8 y 13, es necesario reflexionar sobre algunas hipótesis en las que pudiera plantearse un pronunciamiento sobre temas recogidos en otros preceptos, exclusivamente cuando lo haga ineludible -y más todavía: indispensable- la conexión lógica entre aquéllos y éstos.

El Protocolo de San Salvador contiene obligaciones generales para la adopción de medidas (arts. 1 y 2), asimilables a los deberes del mismo signo que establece la Convención. Obviamente, estas obligaciones generales pueden ser proyectadas hacia o contempladas desde los diversos derechos consagrados en el Protocolo, exactamente como sucede -así lo ha entendido la jurisprudencia interamericana- en la operación del Pacto de San José. Bajo el lente que suministran los artículos 8 y 13, en los extremos ya citados, la Corte difícilmente podría ignorar aquellas obligaciones generales.

Asimismo, el tribunal interamericano podría entrar al conocimiento de casos de discriminación, que prohíbe el artículo 3, si aquélla se aplica

en puntos concernientes a la libertad sindical o a los derechos vinculados con la educación. Otro tanto sucedería con la regla de interpretación que rechaza las restricciones de derechos reconocidos en la legislación interna o en convenciones internacionales bajo el pretexto de que el Protocolo no los reconoce o lo hace en menor grado (art. 4). Finalmente, la Corte se podría pronunciar sobre restricciones o limitaciones indebidas adoptadas por medio de actos calificados como leyes -un punto que, en la especie, habría de analizar, puesto que de él depende la legitimidad de tales restricciones o limitaciones-, tema que aborda el artículo 5.

4. Normas para la interpretación

Al examinar su competencia *ratione materiae*, la Corte Interamericana ha reconocido la acotación de su encomienda judicial: aplicación de la Convención Americana y de los ordenamientos que le confieren atribuciones jurisdiccionales, como es el caso del Protocolo de San Salvador, con los límites que hemos visto. Pero también ha aceptado el tribunal que otras normas del Derecho internacional público pueden ser consideradas y atendidas como elementos de interpretación puntual sobre las disposiciones que la Corte está llamada a aplicar⁴⁵. Ni la Convención ni el Protocolo deben ser sustraídos del orden total del que forman parte⁴⁶. En éste se hallan datos útiles para la comprensión de aquéllos, que a su vez pueden servir para la interpretación de otros instrumentos. Además, hay que invocar aquí el carácter dinámico o progresivo de la interpretación de los tratados de derechos humanos, a la luz de las renovadas circunstancias⁴⁷. Con estos fundamentos, es posible formular las siguientes apreciaciones.

45. Así, en el Caso Bámaca Velásquez, la Corte observó “que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3º común”. El tribunal entiende “que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana”. CIDH, *Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000*. Serie C No. 70, párrs. 208-209.

46. En su Voto separado -cit. supra- en la OC-1/82, el juez Rodolfo E. Piza destacó “la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la Convención utilizando los principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales, en los propios ordenamientos internos y en las tendencias vigentes en materia de derechos humanos”, ‘Otros tratados’ objeto de la función..., cit., párr. 2 (del Voto).

47. Ha sostenido la Corte Interamericana que “los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”. En este sentido, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías al debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999*. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Sentencia de 31 de agosto de 2001*. Serie C No. 79, párr. 146.

A) Hay normas del Protocolo que la Corte no aplicará directamente, pero que podrán servir para la aplicación de disposiciones del Pacto de San José en temas que se hallan a media vía entre los derechos civiles y los derechos sociales, o que francamente participan de la naturaleza de ambos. Tales son la protección a la familia, que prevé el artículo 15 del Pacto de San José, y los derechos de la niñez, que reconoce el artículo 16 del mismo instrumento⁴⁸. Ambos temas se hallan más ampliamente desarrollados en el Protocolo, del que la Corte puede obtener elementos de interpretación pertinentes a la hora de aplicar la Convención.

B) También puede cumplir esta función auxiliar de la interpretación la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de 1994 -conocida como Convención de Belém do Pará-, en la medida en que garantiza a la mujer el ejercicio libre y pleno de derechos económicos, sociales y culturales (artículo 5), la libera de discriminación (artículo 6, a) y le reconoce 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" (artículo 6, b). Además, este tratado previene obligaciones del Estado directamente conectadas con el régimen de los derechos que ahora nos interesan (esp. artículos 8, b, y 9), y menciona expresamente la posibilidad de pedir a la Corte Interamericana opiniones consultivas sobre la propia Convención (artículo 11)⁴⁹.

48. El tema apareció claramente en el *Caso Villagrán Morales*, que infra comentaré, a propósito de los derechos del niño. En la sentencia de fondo correspondiente a aquél, la Corte hizo notar que al interpretar un tratado es preciso tomar en cuenta "el sistema dentro del cual se inscribe". Esta orientación es particularmente relevante para el Derecho internacional de los derechos humanos, "que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección (...). Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana (...) La Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los 'niños de la calle' que se examina en este caso y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma...". CIDH, *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle")*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 192-195.

49. Esta posibilidad deriva de la Convención Americana, que para ello remite, en lo que toca a la legitimación activa, al Capítulo X de la Carta de los Estados Americanos: Asamblea General, Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Consejos, Comité Jurídico Interamericano, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Secretaría General, Conferencias Especializadas y Organismos Especializados. La Convención de Belém do Pará establece específicamente la facultad en favor de la Comisión Interamericana de Mujeres.

C) De manera semejante puede operar la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra personas con discapacidad. Ésta dispone que los Estados adoptarán medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole para eliminar la discriminación de personas discapacitadas y promover su integración en áreas de empleo, vivienda, recreación, educación, deporte, etcétera (artículo III).

5. Jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana

La Corte ha conocido, por vía de jurisdicción consultiva⁵⁰, de algunas cuestiones interesantes para el tema de los derechos económicos, sociales y culturales, aunque hasta hoy no se han presentado consultas dirigidas precisa y exclusivamente a esa materia. Esta jurisprudencia posee notable relevancia⁵¹ en la formación de la “conciencia jurídica” sobre derechos humanos, en la formulación normativa de los Estados americanos y, por supuesto, en la orientación jurisdiccional de la propia Corte, a la hora de resolver cuestiones contenciosas.

A) La consulta formulada por Costa Rica en torno a la naturalización costarricense de mujeres extranjeras que casaran con nacionales de aquel Estado⁵², permitió volver sobre el punto de la igualdad entre varones y

104

50. Que en el sistema interamericano tiene mayor alcance -en orden a la legitimación de quienes pueden acudir en consulta ante la Corte Interamericana y a la materia de la consulta- que en sus similares de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos. Cfr. Ventura, Manuel, y Zovatto, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios*. 1982-1987, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Ed. Civitas, Madrid, 1989, pp. 34 y ss. La Corte Europea puede emitir opiniones “a solicitud del Comité de Ministros (del Consejo de Europa), sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio (de Roma) y de sus Protocolos”; pero no podrá opinar sobre “cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio y en sus Protocolos, ni a las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultas de la presentación de un recurso previsto por el Convenio” (artículo 47).

51. Un sector de la doctrina le reconoce, inclusive, determinada eficacia vinculante. Cfr. Gómez Robledo Verduzco, Alonso, *Derechos humanos en el sistema interamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Ed. Porrúa, México, 2000, p. 46, y Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1996, p. 453.

52. Cfr. CIDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984*. Serie A No. 4. Las preguntas formuladas a la Corte tenían que ver con diversas hipótesis de nacionalidad suscitadas por un proyecto de reforma a los artículos 14 y 15 de la Constitución de Costa Rica. Al lado de otras preguntas se formuló una que tiene relación directa con el tema que ahora estudiamos, relativa al otorgamiento de nacionalidad costarricense por naturalización a favor de “la mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad o que luego de estar casada dos años con costarricense y de residir por el mismo período en el país, manifieste su deseo de adquirir nuestra nacionalidad” (artículo 14, 4).

mujeres. Este asunto puede considerarse -como en efecto ha ocurrido- desde la perspectiva de la igualdad de todas las personas ante la ley, en general, con la consiguiente proscripción de medidas discriminatorias, y desde el ángulo de la igualdad de género, en particular, que constituye uno de los capítulos clásicos del Derecho Social. Esta última cuestión, descollante en la historia moderna, fue tema de la OC-4/84. En ella, el tribunal interamericano estimó que “no se justifica y debe ser considerada como discriminatoria la diferencia que se hace entre los cónyuges en el párrafo 4 del artículo 14 del proyecto para la obtención de la nacionalidad costarricense en condiciones especiales por razón del matrimonio”⁵³.

B) Puesto que el Derecho convencional americano permite a la ley adoptar ciertas restricciones y limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, resulta necesario perfilar las características del acto jurídico que impone aquéllas. Dado que se trata de reducir la extensión o la profundidad de derechos humanos, la norma correspondiente debe satisfacer las más rigurosas exigencias. Por ello conviene recordar la caracterización de las leyes en los términos de la OC-6/86⁵⁴: éstas son “actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo”.

La Corte añade que dicha acepción de las leyes “corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del sistema interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte -concluye esta misma- tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención”⁵⁵. Cuando se emitió la OC-6/86 no se contaba aún con el Protocolo de San Salvador. Es evidente que las reflexiones del tribunal acerca de la Convención Americana pueden trasladarse al caso del Protocolo sobre derechos económicos, sociales y culturales.

105

C) La OC-10/89 contribuyó significativamente, en su momento, a precisar el alcance general de los derechos humanos dentro del sistema interamericano⁵⁶. En efecto, abordó la eficacia de la Declaración

53. CIDH, *Propuesta de modificación a la Constitución....* cit., párr. 68.5. El “privilegio femenino para la obtención de la nacionalidad se presenta como una consecuencia de la desigualdad conyugal”, idem, párr. 64.

54. CIDH, *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*. Serie A No. 6.

55. CIDH, *La expresión “leyes”....* cit., párrs. 35 y 38.

56. CIDH, *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-6/84*, del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y atrajo la atención hacia la proclamación que se localiza en la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Ésta no formula enumeraciones o definiciones de los derechos humanos, pero contiene una referencia a los derechos esenciales del hombre, y dentro de este sector incluye los temas que ahora nos interesan. A su turno -señaló la Corte-, “para los Estados miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta”⁵⁷. Entre éstos figuran los de carácter económico, social y cultural.

D) En la OC-11/90, referente al agotamiento de recursos internos como requisito para la admisibilidad de una queja ante el sistema interamericano⁵⁸, la Corte abordó los problemas que a este respecto pudieran afrontar personas que carecen de recursos económicos para cumplir esa exigencia convencional. Aquí vino al caso, pues, lo que en la doctrina procesal se ha denominado “igualdad por compensación”, que impone un tratamiento procesal desigual a quienes son efectivamente desiguales por motivos ajenos al proceso mismo; el propósito de este trato diferente no es la discriminación entre los justiciables, sino precisamente lo contrario: la eliminación de discriminaciones que pudieran provenir de las diferencias sociales, económicas o culturales.

La cuestión ha sido ampliamente explorada en las diversas vertientes del Derecho procesal social. Al respecto, la Corte invocó el principio de no discriminación para dispensar el cumplimiento del requisito de acceso al sistema internacional: “Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal

57. Más aún, “para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. *Id.*, párr. 45. Los Estados Parte en la Convención se hallan sujetos a ésta, pero “no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA”. *Id.*, párr. 46. Previamente, la Corte había sostenido: “Puede considerarse (...) que, 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”. *Id.*, párr. 43.

58. CIDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 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. Serie A No. 11. La pregunta relevante en este momento se hallaba formulada en los siguientes términos: “¿Se aplica el requisito de agotar los recursos jurídicos internos a un indigente que, debido a circunstancias económicas, no es capaz de hacer uso de los recursos jurídicos en el país?”.

necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley”⁵⁹.

E) No sobra invocar aquí también la OC-16/99⁶⁰, por cuanto la revisión que en ella se hace acerca del debido proceso legal y del derecho a información sobre la asistencia consular guardan relación con un estado de desvalimiento -en sentido amplio- o desventaja del justiciable, derivado de datos jurídicos y sociales que suelen entrañar desequilibrio entre los nacionales del Estado que detiene y juzga y los extranjeros sujetos a este mismo régimen punitivo, pero desprovistos de determinados medios para desenvolverse adecuadamente en él.

F) En la misma vertiente de la jurisdicción consultiva, habrá que aguardar los pronunciamientos de la Corte con respecto a las opiniones solicitadas en fechas más recientes, que aún se hallan sujetas a estudio. Por una parte, la OC-17 examinará el régimen aplicable a los menores de edad en situación irregular y sujetos a medidas de protección, y de esta manera deberá ocuparse tanto de los derechos procesales como de la incidencia que sobre ellos tienen -de ser el caso- los derechos de la niñez. Por otra parte, la OC-18 analizará la proyección de ciertas normas y políticas públicas sobre derechos civiles, pero también económicos y sociales, de trabajadores migratorios. De ambas opiniones cabe esperar nuevos desarrollos en la materia que ahora examinamos.

6. Jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana

107

En virtud de la muy reciente vigencia del Protocolo de San Salvador -tanto en general como en particular para varios Estados que han suscrito o se han adherido al Protocolo, entre ellos México-, la jurisprudencia contenciosa de la Corte no ha tenido oportunidad de interpretar y aplicar las normas de ese instrumento. Sin embargo, hay reflexiones y resoluciones interesantes emitidas al amparo de la Convención Americana.

59. CIDH, *Excepciones al agotamiento...*, cit., párr. 22. Las respuesta de la Corte fueron: “Que si, por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírselle su agotamiento” (párr. 42.1) y “Que, en las hipótesis planteadas, si un Estado parte ha probado la disponibilidad de los recursos internos, el reclamante deberá demostrar que son aplicables las excepciones del artículo 46.2 y que se vio impedido de obtener la asistencia legal necesaria para la protección o garantía de derechos reconocidos en la Convención” (párr. 42.2).

60. CIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

La jurisprudencia contenciosa de la Corte, que con la mayor frecuencia se ha concentrado en derechos de la denominada primera generación, relacionados a su turno con la tutela de la vida, la integridad y la libertad, y con el acceso a la justicia, ha comenzado a examinar derechos de otro contenido -así, libertad de pensamiento y religión- e incluso ha incursionado en ámbitos donde entran en juego derechos de contenido económico, social o cultural, o bien, proyecciones de este carácter en controversias sobre derechos civiles y políticos. Veamos algunos casos ilustrativos.

A) En el Caso *Villagrán Morales*, mencionado *supra*, se examinó el derecho a la vida en amplio sentido, que franquea el paso hacia nuevos desarrollos. La Corte entendió que aquel derecho no sólo abarca, como es evidente, la obligación estatal de abstenerse de privar a una persona de la vida, que sería un deber de abstención o respeto, sino también una determinada obligación diferente que pudiera tener ciertos rasgos prestacionales. En esto se resuelve el *dictum* jurisdiccional que menciona, a propósito de la preservación de la vida, un “derecho a que no se (...) impida (al individuo) el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”⁶¹. Esto coloca al lado del derecho a la vida, estrictamente -o tradicionalmente-, un derecho que se relaciona con la calidad de la vida.

En el mismo proceso se examinó y declaró la violación al artículo 19 de la Convención, referente a los derechos del niño, que es otro de los grandes puentes entre este instrumento y el Protocolo de San Salvador, o mejor todavía, entre los derechos civiles y los derechos sociales: ejemplo de cercanísima conexión e incluso de identidad entre ambos, como caras diferentes de una sola medalla.

En la especie, la Corte trajo a colación la Convención sobre los Derechos del Niño al advertir que se había privado a menores en situación de riesgo -como sucede con los llamados “niños de la calle”- de unas mínimas condiciones de vida digna, y de tal suerte se les había impedido el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, subrayó el tribunal interamericano, invocando en este contexto una frase del Preámbulo de aquella Convención de Naciones Unidas. Añadió la resolución de fondo que el proyecto de vida del niño -un tema abordado en otros casos, con referencia a las personas en general-

61. “En esencia -sostuvo la Corte- el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho 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. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. *Id.*, parr. 144.

debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que aquél se desarrolle en “su propio beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece”⁶².

B) En el *Caso Baena Ricardo*⁶³, la Corte se movió en un terreno donde ocurren penetraciones entre el régimen administrativo y el sistema laboral: si el foro para la decisión de la controversia tiene aquella naturaleza en los términos del Derecho interno, la materia del conflicto reviste carácter laboral. En este asunto, la Corte no pudo aplicar el Protocolo de San Salvador, porque al tiempo en que se produjeron los hechos, el Estado aún no había ratificado ese instrumento; empero, desde la suscripción respectiva estuvo en el deber -recogido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados- de no realizar actos contrarios al objeto y fin del tratado mismo⁶⁴. En todo caso, son aplicables a la materia laboral los límites infranqueables a los que se halla sujeta la actividad de la Administración⁶⁵.

La Corte examinó la libertad de asociación precisamente en relación con la libertad sindical, y para ello invocó consideraciones provenientes de los instrumentos de la OIT y de las resoluciones de esta organización⁶⁶. Tras el artículo 16 de la Convención Americana, aplicado por la Corte, se hallaban los elementos que suministra, con mayor amplitud y detalle, el artículo 8 del Protocolo, que sería aplicable, hoy

62. “A la luz del artículo 19 de la Convención Americana, la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los ‘niños de la calle’, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’ a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”. *Id.*, pár. 191.

63. CIDH, *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores contra Panamá)*, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

64. No es posible imputar a Panamá violaciones al Protocolo de San Salvador en una etapa previa a la ratificación de ese instrumento; empero, a partir de su firma el Estado ha tenido el deber “de abstenerse de realizar cualquier acto contrario al objeto y fin del Protocolo de San Salvador, aún antes de su entrada en vigor”. *Id.*, pár. 99.

65. “En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto a los derechos humanos”. *Id.*, pár. 125.

66. Al respecto, cfr. *id.*, párrs. 162 y ss. La Corte hizo notar -pár. 159- la identidad de disposición en el artículo 16.2 y 3 de la Convención Americana y el artículo 8.3 del Protocolo de San Salvador en lo que atañe a la libertad sindical.

día, si los hechos se hubiesen producido en una fecha posterior a aquélla en la que efectivamente ocurrieron.

C) En la resolución sobre el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo Awas Tingni)*, el tribunal trajo a cuentas algunas consideraciones en torno al Derecho indígena⁶⁷, sea el tradicional producido por los grupos étnicos que poblaron originalmente diversos espacios de Mesoamérica, sea el actual recogido en ordenamientos nacionales, inclusive de carácter constitucional. Sobre este punto conviene recordar que la Convención no excluye o reduce derechos o libertades establecidos en las normas internas⁶⁸. Aquí se ventiló la cuestión de la tierra: relación entre el indígena y el territorio de su influencia o asentamiento⁶⁹.

El tema de la propiedad, que en otros casos se ha examinado solamente desde la perspectiva clásica, que pone en la escena al individuo propietario⁷⁰, en éste se analizó desde una perspectiva social: la propiedad comunal, vista a través del derecho al uso y goce de bienes, rasgos de la propiedad que consagra el artículo 21 de la Convención⁷¹. El tribunal consideró que el artículo 21 de la Convención “protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual

67. Se ha hecho notar, con razón, que las cuestiones relativas a la población indígena de América se hallan relacionadas de manera más estrecha con los derechos sociales y culturales. Cfr. Craven, “The protection of economic...”, en Harris and Livingstone (eds.), *The Inter-American System...*, cit., p. 296.
68. En artículo 29 de la Convención -acerca de “Normas de interpretación”- señala que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada 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 cualesquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.
69. En la sentencia sobre el *Caso de la Comunidad Mayagna*, el tribunal señaló que “dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Id., párr. 149.
70. Así, en CIDH, *Caso Cesti Hurtado, Sentencia de 29 de septiembre de 1999*. Serie C No. 56, y *Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de 6 de febrero de 2001*. Serie C No. 74.
71. El artículo 21.1 estipula: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”.

también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”⁷². Un punto destacado en este juicio fue la disposición de la Corte en el sentido de que el mecanismo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades afectadas debía ser “acorde con el Derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas”⁷³.

Ésta fue una resolución innovadora, que propone derroteros previamente inexplorados por la jurisprudencia interamericana en lo que atañe a la materia de la controversia: derecho de propiedad.⁷⁴ Es bien sabido que el derecho social posee una doble vertiente: orden jurídico protector de individuos, grupos o sectores, y orden jurídico creado por éstos mismos, que el Estado asume y tutela⁷⁵. En ambos sentidos, la resolución de la Corte se inscribe en la corriente del derecho social.

D) En el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, la Corte tendrá ocasión de pronunciarse directamente acerca del artículo 26 de la Convención Americana, cuando resuelva sobre la pretensión planteada por la Comisión Interamericana en la demanda del nuevo *Caso Carlos Torres Benvenuto y otros, o Cinco pensionistas contra el Perú*, de fecha 4 de diciembre de 2001⁷⁶. En éste se plantea la violación del derecho al desarrollo progresivo de los derechos

72. En la construcción de su razonamiento, la Corte se valió de una “interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención -que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-”. CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna...*, cit., párr. 148.

73. CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna...*, cit., párr. 164 y punto resolutivo 3.

74. En mi *Voto concurrente* a esta sentencia, señaló que “desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes que consagra el art. 21 de la Convención Americana, y pretender que únicamente existe una forma de usar y disfrutar de los bienes, equivaldría a negar a millones de personas la tutela de ese precepto, sustrayéndolos así del reconocimiento y la protección de derechos esenciales, que se brindan, en cambio, a las demás personas. De esta suerte, lejos de asegurar la igualdad de todas las personas, se establecería una desigualdad contraria a las convicciones y a los propósitos que inspiran el sistema continental de los derechos humanos”. Contemplar los derechos de uso y goce en el análisis de este caso, desde “la perspectiva, perfectamente válida, de los miembros de las comunidades indígenas”, no implica ignorar la existencia de “derechos comunitarios, que forman parte entrañable de la cultura jurídica de muchos pueblos indígenas, y por lo tanto de sus integrantes (y que) constituyen la fuente y el amparo de los derechos subjetivos individuales”. “Cuestiones ante la jurisdicción internacional”, en *Cuadernos procesales* (México), año V, núm. 13, septiembre de 2001, pp. 38-39.

75. Al respecto, cfr. García Ramírez, *Derecho mixto y Derecho procesal*, Escuela Nacional de Artes Gráficas, México, 1975, pp. 59 y ss.

76. En el ámbito europeo se ha prestado atención por parte del Alto Comisionado sobre Minorías Nacionales de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación, al estatuto de ciertas minorías y de extranjeros, derechos relacionados con el idioma, propiedad y derechos de algunos grupos especiales, como los pensionistas. Cfr. Rosas y Scheinin, “Implementation mechanisms...”, en Eide, Krause and Rosas, *Economic, social...*, cit., p. 378.

económicos, sociales y culturales, contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana. La demanda cuestiona el Decreto Ley No. 25792; sostiene que éste trae consigo un retroceso no justificado del derecho a la seguridad social. Por tratarse de un asunto actualmente *sub judice* ante la Corte Interamericana, prefiero abstenerme de formular ahora mayores comentarios en torno a este caso.

E) La Corte Interamericana ha construido -también “progresivamente”, digamos- una interpretación fecunda en materia de reparaciones, a partir del escueto artículo 63.1 de la Convención⁷⁷. No pretendo examinar aquí el progreso en esta materia, sino sólo referirme a la reconducción social del derecho individual a obtener determinadas reparaciones de orden patrimonial, cuya fuente se halla en derechos materiales o inmateriales. Se trata, en otros términos, de la proyección o transición de un derecho individual a la reparación, que se transforma en un derecho de alcance social volcado sobre servicios comunitarios precisamente en el sector sobre el que se despliegan los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido es posible invocar las reparaciones dispuestas en el *Caso Aloboetoe y otros*, en favor de la comunidad de Gujaba⁷⁸, y la reparación ordenada en el *Caso de Comunidad Mayagna*, que se concreta expresamente en “obras o servicios de interés colectivo en beneficio” de dicha comunidad⁷⁹.

112 77. A este respecto, me remito al comentario que hago en mi artículo “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Estudios jurídicos*, cit., pp. 407 y ss., publicado igualmente en *Varios, El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario, 23 y 24 de noviembre de 1999*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, t. I, 2002, pp. 129 y ss., y en *Jornadas J. M. Domínguez Escobar en homenaje a la memoria del R.P. Dr. Fernando Pérez-Llantada (S.J.): Los derechos humanos y la agenda del tercer milenio*, Caracas, 2000, pp. 601 y ss.

78. En este juicio, la sentencia de la Corte estableció: “En la indemnización fijada para los herederos de las víctimas se ha previsto una suma para que los menores puedan estudiar hasta una determinada edad. Sin embargo, estos objetivos no se logran sólo otorgando una indemnización, sino que es preciso también que se ofrezca a los niños una escuela donde puedan recibir una enseñanza adecuada y una asistencia médica básica. En el momento actual, ello no ocurre en varias aldeas saramacas. Los hijos de las víctimas viven, en su mayoría, en Gujaba, donde la escuela y el dispensario están cerrados. La Corte considera que, como parte de la indemnización, Surinam está obligado a reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994. Igualmente, se ordenará que el dispensario allí existente sea puesto en condiciones operativas y reabierto en el curso de ese año”. CIDH, *Caso Aloboetoe y otros. Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 96.

79. En este asunto, la Corte señaló: “tomando en cuenta las circunstancias del caso y lo decidido en otros similares, la Corte estima que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana”. CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna...*, cit., párr. 167 y punto resolutivo 6.

En el tema de reparaciones se podría examinar igualmente el alcance -la materia y sus implicaciones- de un concepto que la Corte Interamericana ha desenvuelto recientemente, a saber, el “proyecto de vida”⁸⁰. Difícilmente se podría confinar este proyecto, y por ende la fuente de las obligaciones respectivas, sólo en el sector de derechos, intereses, expectativas, etcétera, que se localiza en el marco de los derechos civiles y políticos. Su horizonte es más amplio.

F) A lo que llevamos visto en el ámbito de los asuntos contenciosos que ha conocido la Corte se podría agregar, por consideraciones semejantes, la extensión asimismo social de las medidas provisionales dispuestas -en ejercicio de un criterio judicial innovador- en el tema del artículo 63.2 de la Convención. La amplia proyección de las medidas provisionales hacia sujetos de tutela no individualizados, pero siempre identificables, como se ha visto inicialmente en el *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, marcha en esa dirección.

No es indispensable, por ahora, traer a cuentas en este punto la acción de clase, los intereses difusos o la acción popular -que probablemente serán materia de consideración más amplia, en su hora-, aunque haya venas comunicantes, que he destacado en otra oportunidad⁸¹, entre estas figuras y las nuevas precisiones de la Corte en materia de medidas provisionales; basta con subrayar la ampliación razonable de los beneficios de la prevención en virtud del alcance que en la especie revisten la extrema gravedad y la urgencia, más la necesidad de evitar daños irreparables a las personas.

80. “El ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de (la) Corte”. CIDH, *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 42, párr. 148. Examino esta cuestión en “Dos temas de la jurisprudencia interamericana: ‘proyecto de vida’ y amnistía”, en *Estudios jurídicos*, cit., pp. 351 y ss.

81. Cfr. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia*, Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó (Colombia), considerando 7 y punto resolutivo 3. Mi opinión figura en el Voto razonado concurrente de los jueces Alirio Abreu Burelli y Sergio García Ramírez, en este mismo caso, reproducido en “Cuestiones ante la jurisdicción internacional”, en *Cuadernos Procesales*, cit., pp. 41-42.

Derechos económicos, sociales y culturales: experiencias y posibilidades dentro del sistema interamericano *

Juan E. Méndez**

1. Introducción

Agradezco vivamente a CEJIL la invitación a compartir con ustedes algunos comentarios sobre la experiencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos¹ en relación con los derechos económicos, sociales y culturales².

El disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales en el continente americano se caracteriza por condiciones de desigualdad en el acceso a recursos y servicios que garanticen y protejan estos derechos. En tales condiciones, los aportes del sistema interamericano de protección no han sido, hasta el momento, significativos -al menos en comparación con la rica experiencia desarrollada en relación con los derechos civiles y políticos- pero ha comenzado un proceso que permite abrigar esperanzas de una mayor incidencia en los próximos años.

Varios factores históricos explican la prioridad que el sistema ha otorgado a los derechos civiles y políticos sobre los DESC en las Américas. En primer lugar, a pesar de las declamaciones de adhesión a la democracia, durante sus primeras dos décadas (1959 a 1979) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³ debió lidiar con gobiernos autoritarios y totalitarios, que, especialmente en los años 70, se tornaron más y más despiadados. Segundo, en esos años era menor el interés y la vocación de intervención de la comunidad internacional en temas de derechos humanos, que se

115

* Este trabajo es una versión revisada de la presentación hecha por el autor en el Seminario sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame, en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, julio de 2002.

** Profesor de Derecho y Director, Center for Civil and Human Rights, Universidad de Notre Dame (Indiana), 1999-2004. Presidente, Centro Internacional por la Justicia Transicional, Nueva York, desde el 1 de junio de 2004. Miembro, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000-2004 y Presidente, 2002.

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, que con la Comisión constituyen actualmente el sistema de protección de la región, se creó en 1979.
2. En adelante DESC.
3. En adelante la Comisión, la Comisión Interamericana o CIDH.

consideraban “asuntos internos” de países soberanos. En tercer lugar, aquella época se caracterizaba por la debilidad de los sistemas universal y regional de derechos humanos, que empezaban a establecer su legitimidad ocupándose de los problemas considerados más urgentes. Cuarto, no se habían desarrollado todavía las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos que dieran dinamismo al sistema de protección, como es el caso ahora, especialmente con la diversidad y riqueza metodológica que caracteriza a América Latina. El último factor que quiero mencionar está todavía vigente y es el muy incipiente desarrollo de una conciencia de que los DESC son derechos y no de 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.

Afortunadamente la situación ha empezado a cambiar y hoy es posible tener este seminario, así como muchos otros espacios, iniciativas y esfuerzos dirigidos a respetar y garantizar los DESC, entendiendo que la vida digna incluye el disfrute de los DESC de manera que cada persona pueda tener un proyecto de vida en que el goce de los derechos inherentes a la persona humana tenga sentido. El sistema interamericano no ha sido ajeno a los desarrollos en materia de DESC, sobre todo en los últimos años. En el resto de este trabajo haremos mención a los casos en trámite o ya decididos por el sistema en relación con esta categoría de derechos.

116 La presentación está organizada por instrumento o norma aplicable, con referencias sistemáticas a la admisibilidad de las peticiones, al papel de la igualdad como principio orientador y las medidas de reparación dictadas en estos casos. Por último, se incluyen breves alusiones al análisis de los DESC dentro de los informes de las visitas *in loco* de la CIDH.

II. Instrumentos jurídicos aplicables

A. Artículo 26 de la Convención Americana

La Convención Americana⁴ es fundamentalmente un tratado multilateral sobre derechos civiles y políticos, lo cual se demuestra por el hecho de que sólo una norma, el artículo 26, se refiere a los DESC y lo hace en forma general⁵, en

4. En adelante, CA.
5. Cfr., artículo 26, Convención Americana : “Desarrollo Progresivo. Los Estados Parte 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 y otros medios apropiados”.

contraste con el detallado catálogo de derechos civiles y políticos que se enuncia en los artículos 4 al 25. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también llamado “Protocolo de San Salvador”, viene a remediar esta limitación. Sin embargo, por razones históricas, jurisdiccionales y cronológicas, el sistema ha aplicado en varios casos el artículo 26. Dicha norma contiene la enunciación clásica de la llamada “realización progresiva” de los DESC, que contrasta con las obligaciones de respeto y garantía que subyacen a los derechos civiles y políticos. Por lo mismo, la cláusula de realización progresiva, al hacer las obligaciones del Estado contingentes y condicionales a la existencia de recursos, presenta un desafío a todos los órganos de protección internacionales. La CIDH ha optado por hacer lugar a algunas peticiones como una manera de enfrentar el desafío y encontrar la manera de hacer justiciables los DESC.

En este sentido, la CIDH declaró admisible el caso 12.249, Jorge Odír Miranda Cortez y otros contra El Salvador.⁶ Se trata de una denuncia de la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho -FESPAD por acción de El Salvador contra 27 personas -miembros de la Asociación Atlacatl- portadoras del Virus de Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. Cuando el caso fue admitido ya habían fallecido tres de las presuntas víctimas. Los peticionarios alegaron la violación del derecho a la vida (artículo 4), a la integridad personal (artículo 5), igualdad ante la ley (artículo 24), protección judicial (artículo 25) y derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26), en concordancia con la obligación general del artículo 1.1 y el deber previsto en el artículo 2, todos referidos a la Convención Americana. También alegaron violación del artículo 10 del Protocolo de San Salvador. Los peticionarios sosténían que la CIDH debía establecer la responsabilidad internacional del Estado salvadoreño por el retardo en suministrar a estas personas los medicamentos y tratamiento adecuados y por la discriminación de la que habrían sido objeto los pacientes. Agregaban que se violó su derecho a la protección judicial debido a la falta de decisión de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en la demanda de amparo que presentaron para reclamar sus derechos. Solicitaron medidas cautelares en favor de las víctimas, las cuales fueron otorgadas al iniciar el trámite del caso, en el año 2000.⁷

117

6. La decisión de fondo en este caso se adoptó a fines de 2003 y principios de 2004; fecha en que este trabajo se termina de escribir no se ha publicado.
7. Invocando sus limitaciones de recursos, en un principio el Gobierno de El Salvador anunció que no podía cumplir con la medida cautelar. Los peticionarios entonces solicitaron a la Comisión que se pidiera una medida provisional a la Corte Interamericana. Sin embargo, antes de cumplirse el plazo fijado por la Comisión, el gobierno cambió de posición y anunció que comenzaría a dar tratamiento antirretroviral a las personas nombradas en la medida cautelar. Durante el trámite de fondo, en 2002, el Ministro de Salud de El Salvador concurrió a una audiencia ante la CIDH e informó que su dependencia estaba en condiciones de administrar tests a todos los pacientes de VIH-SIDA que lo requerieran, y de suministrar tratamiento antirretroviral a todos aquellos para quienes el resultado del test lo hallaran indicado.

En el informe de admisibilidad, la CIDH concluyó que se habían satisfecho los requisitos previstos en el artículo 47(b) y (c), y agregó:

“No escapa a la percepción de la CIDH que la población de El Salvador está atravesando un momento sumamente difícil debido a una cadena de desastres naturales, que han mantenido excepcionalmente ocupadas a las autoridades y funcionarios de la salud. En este contexto, la Comisión Interamericana valora los esfuerzos desplegados por las autoridades salvadoreñas para atender a las personas infectadas con el VIH/SIDA en ese país. El suministro de los medicamentos antirretrovirales se ha venido ampliando de manera sostenida en los últimos meses, y el Estado ha anunciado que seguirá adoptando las medidas necesarias a tal efecto.”⁸

En el mismo informe, la CIDH afirmó que debía determinar en decisión de fondo si hubo violación de los artículos 2, 24, 25 y 26, de la Convención Americana y, si encuentra que ello ocurrió, podrá pronunciarse sobre los derechos a la vida e integridad personal (artículos 4 y 5) porque en este caso tienen un carácter subsidiario.⁹

B. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

1. Derechos no contemplados en otro instrumento

En ese mismo año, la CIDH declaró admisible el caso 11.670, Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y Otros (Sistema Previsional) contra Argentina.¹⁰ La decisión de fondo se encuentra pendiente. Los peticionarios son jubilados que han reclamado el reajuste de sus haberes previsionales ante el ANSES, un ente descentralizado del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social del Poder Ejecutivo Nacional (anteriormente la Caja Nacional de Previsión Social). Desde 1992, el ANSES comenzó a expresar su disconformidad con las sentencias relativas al régimen de movilidad o los intereses de los reajustes previsionales por vía del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de

8. CIDH, Informe Nro 29/01, del 7 de marzo de 2001, párrafo 48.
9. CIDH, Informe Nro 29/01, del 7 de marzo de 2001 “45. La Comisión Interamericana considera que estos alegatos deben ser examinados en la etapa sobre el fondo de la cuestión, a fin de determinar si los hechos denunciados constituyen violaciones a los artículos 2, 24, 25 y 26 de la Convención Americana. En consecuencia, la CIDH concluye que se han satisfecho los requisitos previstos en el artículo 47(b) y (c) del referido instrumento internacional. 46. En cuanto a los alegatos sobre los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana considera que en este caso tienen un carácter subsidiario y que dependen de la conclusión a la que se arribe respecto al mérito de los alegatos mencionados en el párrafo anterior. Por lo tanto, la consideración sobre la admisibilidad de lo alegado por los peticionarios respecto al derecho a la vida y a la integridad personal queda diferida a la etapa de fondo de este caso.”
10. CIDH, Informe Nro 03/01, del 19 de enero de 2001.

Justicia de la Nación. A partir de la vigencia de la Ley 24.463, del 30 de marzo de 1995, entró a regir un nuevo sistema y se otorgó un plazo de gracia excepcional al ente administrador para organizar la transición de un régimen a otro, al término del cual estaba sometido a los plazos procesales del juicio sumario. Los peticionarios y el Estado discuten sobre las razones para la dilación de la decisión. La CIDH recibió 57 comunicaciones individuales que decidió acumular en un solo caso. Las peticiones denuncian la violación de los derechos a las garantías judiciales (artículo 8), a la propiedad (artículo 21), a la igualdad ante la ley (artículo 24) y a los recursos efectivos (artículo 25(2)(c)) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También alegan la violación de los derechos a la salud y al bienestar (artículo XI) y a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social (artículos XVI, XXXV y XXXVII) de la Declaración Americana.

La CIDH declaró el caso admisible. En su Informe, indicó que una vez que la Convención entra en vigor, ésta y no la Declaración se convierte en fuente primaria de derecho aplicable por la Comisión, 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. Sin embargo, el derecho a la salud y al bienestar (artículo XI) y a la seguridad social, en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social (artículos XVI, XXXV y XXXVII) contemplados en la Declaración, no se encuentran protegidos de manera específica por la Convención. La CIDH consideró que esta circunstancia no excluye su competencia por razón de la materia, pues en virtud del artículo 29(d) de la Convención "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". Por tanto, la Comisión decidió que examinará estos alegatos de los peticionarios sobre violaciones de la Declaración. De manera que admite las peticiones por violaciones de los derechos previstos en los artículos 1(1), 2, 8(1), 21, 24 y 25(2)(c) de la Convención y de los derechos consagrados en el artículo XI y considerados conjuntamente los artículos XVI, XXXV y XXXVII de la Declaración (énfasis del autor)

119

2. Aplicación temporal

En un caso de discriminación contra las mujeres, la CIDH ha decidido que la violación continuada del debido proceso y garantías judiciales puede permitir que se declare la violación de un instrumento ratificado posteriormente a los hechos, si las acciones judiciales se dirigían a proteger derechos garantizados por el instrumento ratificado más tarde. La CIDH declaró admisible el caso 12.051 y aprobó un informe de fondo en los términos del artículo 51 de la CA, en el caso Maria Da Penha Maia Fernandes contra Brasil.¹¹

11. CIDH, Informe No 54/01, del 4 de abril del 2001.

La denuncia presentada por la señora Maria da Penha Maia Fernandes, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Comité Latino Americano de Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) alega la tolerancia por parte de Brasil a la violencia perpetrada en su domicilio por el esposo de la peticionaria durante los años de su convivencia matrimonial y que culminó en una tentativa de homicidio y nuevas agresiones en mayo y junio de 1983. Maria da Penha, como consecuencia de esas agresiones, padece de paraplejia irreversible y otras dolencias desde el año 1983. Se denuncia la tolerancia estatal por no haber tomado, por más de quince años, medidas efectivas necesarias para procesar y punir al agresor, pese a las denuncias efectuadas. Se alega, en ese sentido, la violación de los artículos 1(1) (Obligación de Respetar los Derechos); 8 (Garantías Judiciales); 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos II y XVIII de la Declaración Americana, así como de los artículos 3, 4(a), (b), (c), (d), (e), (f) y (g); 5 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también llamada Convención de Belém do Pará.

El informe aludido declaró la petición admisible de acuerdo con los artículos 46(2)(c) y 47 de la Convención Americana, y 12 de la Convención de Belém do Pará. En el informe de fondo, la Comisión estableció que el Estado violó, en perjuicio de la señora Maria da Penha, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en el artículo 1(1) de dicho instrumento y en los artículos II y XVII de la Declaración, así como el artículo 7 de la Convención de Belem do Pará. Concluye también que esta violación ocurre como parte de un patrón discriminatorio respecto a la tolerancia frente a violencia doméstica contra las mujeres en Brasil por ineficacia de la acción judicial.¹² La Comisión recomienda al Estado que lleve a cabo una investigación seria, imparcial y exhaustiva para determinar la responsabilidad penal del autor del delito de tentativa de homicidio en perjuicio de la señora Fernandes y para determinar si hay otros hechos o acciones de agentes estatales que hayan impedido el procesamiento rápido y efectivo del responsable; recomienda también la reparación efectiva y pronta de la víctima, así como la adopción de medidas en el ámbito nacional para eliminar esta tolerancia estatal frente a la violencia doméstica contra mujeres.¹³

12. CIDH, Informe No 54/01, del 4 de abril del 2001, párrafo 51.

13. CIDH, Informe No 54/01, del 4 de abril del 2001, párrafo 61.

No se trata, como puede verse, de un caso de violación de los DESC. Sin embargo, el tratamiento del principio de igualdad y no discriminación y del juego de normas convencionales entradas en vigor después de los hechos pero antes de la clara inoperancia del Estado, puede servir como indicio de cómo se tratarán en el futuro las denuncias sobre discriminación racial, religiosa, de género o de origen nacional, en especial si el trato discriminatorio se alega en el contexto de provisión de servicios que por su naturaleza constituyen satisfacción de DESC, como el acceso a la educación, a la salud, a la vivienda.

En ese sentido, es ilustrativo citar el siguiente pasaje del informe:

“A pesar de que la agresión original ocurrió en 1983, bajo la vigencia de la Declaración Americana, la Comisión considera con respecto a la alegada falta de garantías de respeto al debido proceso que por ser violaciones continuadas las mismas cabrían también bajo la vigencia sobreviniente de la Convención Americana y la de Belém do Pará, porque la tolerancia alegada del Estado al respecto podría constituir una denegación continuada de justicia en perjuicio de la señora Fernandes que podría imposibilitar la condena del responsable y la reparación de la víctima. Consecuentemente el Estado habría tolerado una situación de impunidad e indefensión con efectos perdurables aún con posterioridad a la fecha en que Brasil se sometió a la Convención Americana y a la Convención de Belém do Pará.”¹⁴

C. Protocolo de San Salvador

121

1. Competencia por razón de la materia

El Protocolo Adicional a la Convención Americana, referido a los DESC ha sido, hasta el momento, ratificado por Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay. Entró en vigencia, al llegar al número mínimo de ratificaciones, el día 16 de noviembre de 1999.¹⁵

Se trata de un admirable y actualizado catálogo de los derechos económicos, sociales y culturales, pero contiene una cláusula jurisdiccional que tiende a consagrar un estatus de “segunda generación” (o, según se mire, de “segunda categoría”) para tales derechos. En efecto, su artículo 19 atribuye al sistema interamericano de protección de los derechos competencia para recibir y procesar denuncias sólo en caso de dos de los

14. CIDH, Informe Nro 54/01, del 4 de abril del 2001, párrafo 27.

15. Además de los 13 países mencionados, los siguientes han firmado pero todavía no han ratificado el Protocolo: Bolivia, Chile, Haití, Nicaragua, República Dominicana y Venezuela.

derechos contemplados en el Protocolo: el derecho a la educación y el derecho a la libertad de asociación en el ámbito sindical.¹⁶ La norma ha sido criticada por esta razón, y será importante ver si en el futuro los órganos de protección encuentran la manera de dar eficacia a los DESC a pesar de esta seria limitación. Por ahora, sin embargo, esta restricción a la competencia sustantiva de los órganos ya se ha hecho notar: la CIDH ha afirmado que no tiene competencia para establecer violaciones autónomas del Protocolo de San Salvador mediante el sistema de peticiones individuales, pero puede utilizar el Protocolo para interpretar otras normas aplicables.

En el caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra el Salvador, ya mencionado, la CIDH debió pronunciarse sobre el reclamo de los peticionarios de aplicar en forma directa el Protocolo de San Salvador. El informe de admisibilidad interpretó el artículo 19(6) del Protocolo de San Salvador:

“La CIDH no es competente *ratione mateirae* para establecer -de manera autónoma-violaciones al artículo 10 del Protocolo de San Salvador a través del sistema de peticiones individuales. Sin embargo, la Comisión Interamericana sí puede utilizar dicho Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables, a la luz de lo previsto en los artículos 26 y 29 de la Convención Americana.”¹⁷

2. Aplicación temporal del Protocolo

La CIDH declaró inadmisible el caso 11.716, Frank Ulises Güelfi Aguilar contra Panamá,¹⁸ En la denuncia el peticionario alegaba que el Estado incumplió su deber de reincorporarlo a su puesto de trabajo tras sus estudios de post-grado en psiquiatría en el Brasil, lo que le significó una pérdida personal de US\$ 60,000 por la falta de percepción de su salario desde abril de 1987 hasta noviembre de 1989. El peticionario denunció la violación del artículo 6 (derecho al trabajo) del Protocolo de San Salvador y los artículos 21 (derecho a la propiedad privada), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana; todo ello en contravención a las obligaciones que figuran en el artículo 1(1) del referido instrumento. Por su parte, el Estado respondió que los derechos y garantías del peticionario habían sido respetados, solicitando en consecuencia que la CIDH desestimara la denuncia.

16. Conforme art.19.6 del Protocolo de San Salvador.

17. CIDH, Informe No 29/01, del 7 de marzo de 2001, párrafo 36.

18. CIDH, Informe No 17/01, del 23 de febrero de 2001.

19. CIDH, Informe No 17/01, del 23 de febrero de 2001, párrafo 14.

La Comisión afirmó no tener competencia para examinar la alegada violación al artículo 6 del Protocolo de San Salvador, ya que Panamá había depositado el instrumento de ratificación de dicho Protocolo el 18 de febrero de 1993, después de los hechos denunciados.¹⁹

3. Admisibilidad de las peticiones: violación principal y temas subsidiarios

La Comisión ha afirmado que un caso es admisible si de la violación de los artículos 8 y 25 (referidos a la protección judicial de los derechos) se pueden derivar subsidiariamente violaciones a los artículos. 21 y 24 de la Convención o a los artículos. XI, XVI, XXXV y XXXVIII de la Declaración. Así lo hizo en el caso Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y Otros (Sistema Previsional) contra Argentina, ya citado, afirmando que:

“El artículo 41(c) del Reglamento de la Comisión dispone que la Comisión declare inadmisible una petición cuando resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado, que la misma es manifiestamente infundada y el artículo 47(b) de la Convención establece que será inadmisible toda petición que “no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por la Convención”. En el presente caso, los peticionarios alegaron que los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva previstos en los artículos 8 y 25(2)(c) de la Convención, son los derechos que los peticionarios consideran directamente violados, de los cuales se derivan subsidiariamente la violación de los demás derechos alegados: a la propiedad privada (artículo 21), a la igualdad ante la ley (artículo 24), del deber de los Estados de respetar los derechos (artículo 1(1)) y de adoptar medidas para hacerlos efectivos (artículo 2) previstos en la Convención. Así mismo, el derecho a la salud y al bienestar (artículo XI) y a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social (artículos XVI, XXXV y XXXVII) contemplados en la Declaración. Una vez examinada la información proporcionada por ambas partes, la Comisión considera que dichas alegaciones no son manifiestamente infundadas y que podrían caracterizar violaciones a las mencionadas normas. En consecuencia, la Comisión concluye que la petición no es inadmisible conforme a los artículos 47(c) y 47(b) de la Convención.”²⁰

123

20. CIDH, Informe No 03/01, del 19 de enero del 2001, párrafo 65.

4. Derecho a la vida, integridad, personal e igualdad ante la ley en relación con el Protocolo y con la Convención de Belém do Pará

La CIDH declaró admisible el caso 12.191, María Mamérita Mestanza Chávez contra Perú.²¹ La víctima había sido sometida de manera forzada a un procedimiento quirúrgico de esterilización que finalmente ocasionó su muerte. Las peticionarias originales alegaron que los hechos denunciados configuran violación de los derechos a la vida, la integridad personal, y la igualdad ante la ley, así como violaciones a los artículos 3, 4, 7, 8 y 9 de la Convención de Belém do Pará, a los artículos 3 y 10 del Protocolo de San Salvador y a los artículos 12 y 14(2) de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). El Estado alegó la inadmisibilidad de la denuncia por falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. La Comisión decidió admitir el caso en lo que se refiere a presuntas violaciones a los artículos 1, 4, 5 y 24 de la Convención Americana, y 7 de la Convención de Belém do Pará.

D. Otras normas sustantivas de la Convención Americana

1. Derecho a la nacionalidad y remisión a la decisión de fondo con respecto a otros derechos.

La CIDH declaró admisible el caso 12.189, Dilcia Yean y Violeta Bosica contra República Dominicana.²² La decisión de fondo se adoptó en el año 2003, pero no ha sido publicada porque el caso fue sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²³ Los peticionarios alegaron que el Estado dominicano se había negado a otorgar una declaración tardía de nacimiento a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosica, nacidas en el territorio de la República Dominicana, e hijas de madres dominicanas de ascendencia haitiana. Afirmaban que el Estado violaba el derecho a la nacionalidad y que sin el reconocimiento de su identidad legal, las niñas estaban expuestas al peligro inminente de ser expulsadas del país. Los peticionarios señalaban además que, al privárseles del derecho de tener un registro de nacimiento, las niñas no podían obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica y tampoco podían ingresar a la escuela por carecer de un documento de identificación. Asimismo, los peticionarios alegaban que al alcanzar la mayoría de edad, las niñas no podrían ejercer su derecho al voto, y quedarían privadas

21. CIDH, Informe No 66/00, del 3 de octubre del 2000. En el año 2003 la CDIH adoptó el Informe No 71/03, de solución amistosa.

22. CIDH, Informe No 28/01, del 22 de febrero del 2001.

23. CIDH, Informe Anual 2003, Informe de la Relatoría sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, párrafo 99.

de sus derechos políticos y, también, que el Estado privaba a las presuntas víctimas del derecho a la protección a la familia, de los derechos del niño, del derecho a un nombre y nacionalidad, del derecho a la propiedad privada, a la circulación y residencia y a la igualdad ante la ley, consagrados en la Convención Americana. La denuncia también argumentaba que las demandantes eran privadas de sus derechos debido a su raza y origen haitiano. La CIDH admitió el caso por violación del art. 20 de la Convención y con respecto a los demás derechos invocados difirió la cuestión de su admisibilidad a la decisión de fondo, en caso de comprobarse los hechos.

2. Incumplimiento de fallos judiciales y violación del art. 25

En el año 2000, la CIDH aprobó el Informe del artículo 51 en el caso 11.800, César Cabrejos Bernuy contra Perú²⁴, mediante, en el que se pronunció sobre la admisibilidad y el fondo del caso de manera conjunta. La organización no gubernamental Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) denunció que Perú violó, en perjuicio del señor César Cabrejos Bernuy, el derecho a la tutela judicial efectiva -consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana- al incumplir las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que dispusieron, en dos oportunidades, su reincorporación al cargo de Coronel de la Policía Nacional del Perú y, respecto a las cuales las autoridades reincorporaron dos veces al peticionario a su cargo, pero lo volvieron a pasar a retiro de forma inmediata, reproduciendo en ambas oportunidades el respectivo acto administrativo.

125

La CIDH encontró que se violaron los derechos del peticionario mediante el incumplimiento de los fallos judiciales, y en ese sentido estableció que:

“31. La obligación del Estado de garantizar el cumplimiento de los fallos judiciales adquiere especial importancia cuando quien tiene que cumplir la sentencia es un órgano del Estado, sea del poder ejecutivo, legislativo o judicial, provincial o municipal, de la administración central o descentralizada, de empresas o institutos públicos, o cualquier otro órgano similar, pues tales órganos forman también parte del Estado y suelen tener privilegios procesales, como por ejemplo la inembargabilidad de sus bienes. Dichos órganos pueden tener una inclinación a usar su poder y sus privilegios para tratar de ignorar las sentencias judiciales dictadas en contra de ellos.”

“33. Cuando un órgano del Estado no quiere cumplir con una sentencia judicial que le ha sido desfavorable puede tratar de

24. CIDH, Informe No 110/00 del 4 de diciembre del 2000.

desconocer el mandato judicial mediante su inobservancia pura y simple, u optar por métodos más o menos elaborados que conduzcan al mismo objetivo de incumplir la sentencia, pero tratando de darle cierta apariencia de validez formal a su proceder.”²⁵

Es interesante destacar que, en el texto de la decisión, la CIDH cita el Informe Incumplimiento de Sentencias por parte de la Administración Estatal elaborado por la Defensoría del Pueblo del Perú en los siguientes términos:

“Por otra parte, más del 50% de las quejas (58) se refiere a mandatos judiciales de contenido laboral que son incumplidos. De este número, más de la mitad se refieren a incumplimiento de resoluciones judiciales que ordenan la reposición de los demandantes en sus respectivos puestos de trabajo.”²⁶

Siguiendo la misma línea, la CIDH ha declarado admisible el caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República contra Perú.²⁷ Los peticionarios -ex-trabajadores de la Contraloría General de la República- gozaban del derecho a pensión de cesantía y jubilación reajustable y renovable en función de la remuneración, gratificaciones y bonificaciones de los trabajadores en actividad de dicha institución. Entre los años 1992 y 1993 las autoridades transfieren el pago de dichas pensiones al Ministerio de Economía y Finanzas y, simultáneamente, suprime el derecho de los peticionarios a que sus pensiones se nivelaran en relación con los trabajadores en actividad. Habiendo obtenido el reconocimiento de sus derechos por la vía judicial -inclusive por vía de la ejecución de sentencia y de la acción de amparo- el Estado incumple la sentencia por lo que se presentan ante el sistema interamericano que declara la admisibilidad de sus peticiones por la presunta violación de los artículos 8, 25, 21 y 1.1. de la Convención Americana.

126

E. La igualdad como principio orientador

1. Obligación de cumplir con procedimientos administrativos

Cuando existe un procedimiento para adquirir un derecho como es el amparo de pobreza para litigar un caso, no puede aducirse que se violó tal derecho si no se cumple con el procedimiento establecido para ello.

25. CIDH, Informe No 110/00 del 4 de diciembre del 2000, párrafos 31 y 33.

26. CIDH, Informe No 110/00 del 4 de diciembre del 2000, citado en párrafo 49.

27. CIDH, Informe No 47/02 de 9 de octubre de 2002.

Así lo resolvió la CIDH en el caso 11.300, Rosa Margarita Aráuz y Otros contra Nicaragua, al declarar inadmisible la petición interpuesta por las presuntas víctimas.²⁸

Los peticionarios alegaban que el Estado había negado el beneficio de litigar como pobres a ocho mil doscientas ochenta y ocho personas (8.288) que carecían de los recursos necesarios para depositar la fianza en dos demandas civiles por incumplimiento de contrato, ante el Juzgado VI del Distrito Civil de Managua, contra la firma Coca Cola Company y otros. Los demandantes pretendían que la firma cumpliera con la oferta publicitaria denominada “Llegó la Coca Cola número locura”, que ofrecía premiar tapas de gaseosa contramarcadas hasta con cincuenta mil córdobas (aproximadamente el equivalente a US\$ 7.200). Los demandantes argumentaban que ellos eran poseedores del número ganador y exigían a la compañía el premio ofrecido. Alegaban que el Estado era responsable por la violación del derecho a las garantías judiciales (artículo 8), el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24), el derecho a la protección judicial (artículo 25), todos ellos en relación con el deber de respetar y garantizar los derechos (artículo 1(1)) y la obligación de adecuar la legislación interna (artículo 2), de la Convención Americana, a raíz de la resolución judicial dictada el 17 de diciembre de 1993 por el Juzgado Cuarto Civil de Managua, en la cual se negó el beneficio de litigar como pobres a los demandantes y se ordenó el afianzamiento de costas por la suma de veintinueve millones treinta y seis mil córdobas (equivalentes a US\$4.177.152, aproximadamente).

La CIDH declaró inadmisible el caso porque consideró que no se demostraron violaciones a los derechos protegidos por la Convención: En su decisión estableció que :

“57. En el presente caso, la Comisión observa que los demandantes tuvieron acceso a cada una de las instancias previstas en la legislación interna y que el Estado actuó según lo establecido por la ley. La exigencia del afianzamiento de costas por parte de los demandantes para ser oídos en un proceso judicial y la imposibilidad material de éstos de rendir la fianza fijada, debió ser probada en forma casuística y no de manera general, como lo hicieron los peticionarios a través de los informes mencionados; este hecho generó que se declararan desiertas las acciones iniciadas en las diferentes instancias. En este sentido es importante señalar que el hecho de que los recursos internos no hubieran producido un resultado favorable a los demandantes, no demuestra *per se* la existencia de violaciones a los derechos y garantías establecidas en la Convención.

28. CIDH, Informe No 101/00 de fecha 16 de octubre del 2000.

59. La Comisión considera que en el presente caso no surgen de la exposición de los peticionarios los fundamentos o elementos de prueba suficientes que permitan imputar responsabilidad al Estado nicaragüense por violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana.”²⁹

2. Caso emblemático de patrón de discriminación

Como ya fuera referido³⁰, la CIDH declaró admisible y aprobó informe de fondo en el caso María Da Penha Maia Fernandes contra Brasil. La CIDH consideró probado que los hechos del caso hacían parte de un patrón discriminatorio respecto de la tolerancia por parte del Estado de la violencia doméstica contra la mujeres por la ineficacia de la acción judicial.³¹

Al analizar el patrón de respuesta del Estado frente a estas violaciones, la CIDH rescata algunas medidas positivas implementadas por Brasil en esta área, concluyendo que :

“... Estas iniciativas positivas, y otras similares, han sido implementadas de una manera reducida con relación a la importancia y urgencia del problema, tal como se indicó anteriormente. En el caso emblemático en análisis, no han tenido efecto alguno.”³²

En la medida en que el patrón de discriminación resulta un elemento fáctico decisivo en la resolución adoptada por la Comisión, este caso permite suponer que en casos venideros, si se comprueba un patrón de discriminación en el goce y ejercicio de otros derechos, especialmente de los DESC, la Comisión podrá encontrar al Estado en violación de sus obligaciones internacionales.

29. CIDH Informe No 101/00 de fecha 16 de octubre del 2000.

30. Ver nota 11.

31. En ese sentido, la CIDH señala en su Informe 55/01: “55... es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado [respecto de la violencia sufrida por María da Penha] no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer.

56. Dado que esta violación contra María da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineficacia judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos”.

32. CIDH, Informe No 55/01, del 16 de abril del 2001, párrafo 50.

3. Violación a la igual protección en la legislación: test de discriminación

En el caso Nro. 11.625, María Eugenia Morales de Sierra contra Guatemala, la CIDH declaró admisible la petición y aprobó informe del artículo 51, en un mismo acto.³³ El Código Civil guatemalteco establece distintas funciones para cada cónyuge. El marido es responsable del sustento financiero del hogar y la mujer es responsable del cuidado del hogar y de los hijos (artículo 110). La esposa puede trabajar fuera del hogar sólo en la medida en que ello no perjudique sus funciones legalmente definidas en él (artículo 113), en cuyo caso su marido tiene derecho a oponerse a dichas actividades (artículo 114). El marido representa a la unión conyugal (artículo 109), controla el patrimonio conyugal (artículo 131), representa a los hijos menores y administra sus bienes (artículo 255). La Corte de Constitucionalidad caracterizó la reglamentación del matrimonio por el Estado como fuente de certeza y seguridad jurídica para cada cónyuge y defendió la distinción de funciones sobre la base de que las normas establecen preferencias que no son discriminatorias, sino protectoras. Al recurrir a la CIDH, la peticionaria alegó la violación a su derecho a la igualdad y a la adecuada equivalencia de responsabilidades en el matrimonio.

La CIDH encontró que se violaron los derechos de la peticionaria. Las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges. Si bien el artículo 110 sugiere una división de tareas entre las responsabilidades financieras del marido y las responsabilidades domésticas de la esposa, corresponde señalar que, de acuerdo con el artículo 111, la esposa con una fuente separada de ingreso tiene que contribuir al mantenimiento del hogar o sustentarlo en su totalidad, si su marido no puede hacerlo. El hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia de *jure* para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación de facto contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. Los artículos en cuestión crean desequilibrios en la vida familiar, inhiben el rol del hombre respecto del hogar y los hijos y, en tal sentido, privan a éstos de una atención plena y equitativa de ambos padres. “Una familia estable es aquella que se basa en los principios de equidad, justicia y realización individual de cada uno de sus integrantes”.³⁴

33. CIDH, el Informe No 4/01 del 19 de enero del 2001.

34. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General No. 21, citado en CIDH, Informe No 4/01 del 19 de enero del 2001, párrafo 44.

La CIDH concluye que los artículos impugnados obstaculizan el deber del Estado de proteger a la familia al imponer un régimen que impide que la víctima ejerza sus derechos y cumpla sus responsabilidades dentro del matrimonio en pie de igualdad con su esposo. El Estado no ha adoptado las medidas para garantizar la igualdad de derechos y equilibrar las responsabilidades dentro del matrimonio. En consecuencia, en este caso, el régimen conyugal vigente es incompatible con las disposiciones del artículo 17(4) de la Convención Americana, leído con referencia a los requisitos del artículo 16(1) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

“31. El derecho a igual protección de la ley establecido en el artículo 24 de la Convención Americana exige que la legislación nacional acuerde las protecciones sin discriminación. Las diferencias de tratamiento en circunstancias por lo demás similares, no necesariamente son discriminatorias. Una distinción que se basa en “criterios razonables y objetivos” podría servir un interés legítimo del Estado en conformidad con las disposiciones del artículo 24. En realidad, podría ser necesaria para hacer justicia o proteger a personas que requieren la aplicación de medidas especiales. Una distinción basada en criterios razonables y objetivos (1) persigue un propósito legítimo y (2) emplea medios proporcionales al fin que se busca.”³⁵

130

F. Las medidas de reparación necesarias

1. Reparación por violencia doméstica en un caso emblemático

En el caso María Da Penha Maia Fernandes contra Brasil, ya mencionado, la CIDH instruyó al Gobierno a:

1. Completar rápida y efectivamente el procesamiento penal del responsable de la agresión y tentativa de homicidio en perjuicio de la señora María da Penha Fernandes Maia.
2. Llevar igualmente a cabo una investigación seria, imparcial y exhaustiva para determinar la responsabilidad por irregularidades o retardos injustificados que impidieron el procesamiento rápido y efectivo del responsable; y tomar las medidas administrativas, legislativas y judiciales correspondientes.

35. CIDH, Informe No 4/01 del 19 de enero del 2001, párrafo 31.

3. Adoptar, sin perjuicio de las eventuales acciones contra el responsable civil de la agresión, medidas necesarias para que el Estado asigne a la víctima adecuada reparación simbólica y material por las violaciones aquí establecidas, en particular su falla en ofrecer un recurso rápido y efectivo; por mantener el caso en la impunidad por más de quince años; y por evitar con ese retraso la posibilidad oportuna de acción de reparación e indemnización civil.
4. Continuar y profundizar el proceso de reformas que eviten la tolerancia estatal y el tratamiento discriminatorio respecto a la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil. En particular la Comisión recomienda:
 - a. Medidas de capacitación y sensibilización de los funcionarios judiciales y policiales especializados para que comprendan la importancia de no tolerar la violencia doméstica.
 - b. Simplificar los procedimientos judiciales penales a fin de que puedan reducirse los tiempos procesales, sin afectar los derechos y garantías de debido proceso.
 - c. El establecimiento de formas alternativas a las judiciales, rápidas y efectivas de solución de conflicto intrafamiliar, así como de sensibilización respecto a su gravedad y las consecuencias penales que genera.
 - d. Multiplicar el número de delegaciones especiales de policía para los derechos de la mujer y dotarlas con los recursos especiales necesarios para la efectiva tramitación e investigación de todas las denuncias de violencia doméstica, así como de recursos y apoyo al Ministerio Público en la preparación de sus informes judiciales.
 - e. Incluir en sus planes pedagógicos unidades curriculares destinadas a la comprensión de la importancia del respeto a la mujer y a sus derechos reconocidos en la Convención de Belém do Pará, así como al manejo de los conflictos intrafamiliares.
 - f. Informar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la transmisión del presente Informe al Estado, con un informe de cumplimiento de estas recomendaciones a los efectos previstos en el artículo 51(1) de la Convención Americana.

2. Obligación de revisar legislación, procedimientos y prácticas

La CIDH declaró admisible el caso 9.903, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros contra Estados Unidos de América y en el mismo acto aprobó el informe de fondo previsto en el artículo 51 de la Convención.³⁶ El caso se refiere a la detención prolongada y arbitraria de ciudadanos cubanos fugados de la isla luego de salir del puerto de Mariel, no reconocidos como refugiados en los Estados Unidos y no aceptados para su retorno por Cuba. La CIDH recomendó a los Estados Unidos:

“2. Que revise las leyes, procedimientos y prácticas para asegurar que a todos los extranjeros que son detenidos bajo la autoridad y control del Estado, incluidos los extranjeros que las leyes de inmigración del Estado consideren “excluibles”, se les otorgue la plena protección de todos sus derechos establecidos en la Declaración Americana, incluidos en particular los consagrados en los artículos I, II, XVII, XVIII y XXV de la Declaración, según se informa en el análisis de la Comisión que consta en el presente informe.”

3. La obligación de cumplir una decisión judicial

En el caso ya mencionado de César Cabrejos Bernuy contra Perú, la CIDH ordenó:

132 “2. Cumplir el mandato judicial emitido por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia del 5 de junio de 1992, reincorporando al señor Cabrejos Bernuy a su cargo de Coronel de la Policía Nacional, pagándole los salarios y demás remuneraciones que ha dejado de percibir desde la fecha de su pase a retiro, y otorgándole todos los demás beneficios que le corresponden como Coronel de la Policía, incluyendo de ser el caso los relativos a su jubilación; o subsidiariamente, pagarle los salarios y demás remuneraciones que le corresponderían como Coronel de la Policía Nacional, hasta la edad legal de jubilación, pagándole también en ese caso los salarios que ha dejado de percibir desde la fecha de su retiro y otorgándole todos los demás beneficios económicos que le corresponden como Coronel de la Policía Nacional, incluyendo de ser el caso los relativos a su jubilación.”³⁷

36. CIDH, Informe No 51/01 del 4 de abril del 2001.

37. CIDH, Informe No 110/00 de fecha 4 de diciembre del 2000.

III. Referencias a los DESC en Informes por países

Los informes elaborados por la CIDH a partir de sus visitas *in loco* también han establecido principios importantes relacionados con los DESC. Los informes por países, como asimismo los informes temáticos que la CIDH publica de tanto en tanto, no son fruto de un procedimiento contencioso y, por ello, más bien integran el arsenal promocional de la Comisión y no son propiamente parte de sus actividades de protección.

Por ello, su valor como precedente o como guía para el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones convencionales es menor que aquél de las resoluciones adoptadas en el procedimiento de casos. Sin embargo, esta característica de “derecho blando” de los informes por países no los priva de influencia ni de peso, especialmente cuando se comprueba las repetidas veces en que la CIDH se ha valido de estos informes para ocuparse del estado de cumplimiento de los DESC en nuestra región.

A. Indivisibilidad de los Derechos Humanos

La Convención Americana señala en su Preámbulo 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”. Al respecto, la Comisión señaló recientemente que “ciertamente, 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”.³⁸

133

La Comisión resaltó asimismo que el Preámbulo del Protocolo de San Salvador, reconoce en forma expresa “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo 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”.³⁹

38. CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú. 2000. Capítulo IV, párrafo 1 y 2.

39. CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, 2001, Cap. V, párr. 1 y 2.

Con el transcurso del tiempo se ha ido reconociendo la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos, habiéndose expresado en los siguientes términos :

“Teniendo en cuenta esa indivisibilidad de los derechos humanos, la Comisión desea puntualizar que la violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae aparejada una violación de derechos civiles y políticos. En efecto, una persona que no recibe adecuado acceso a la educación puede ver mermada su posibilidad de participación política o su derecho a la libertad de expresión. Una persona con escaso o deficiente acceso al sistema de salud verá disminuido en diferentes niveles, o violado de un todo, su derecho a la vida. Esta situación puede darse en diferentes grados, según la medida de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, pudiendo sostenerse en términos generales que a menor disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, habrá un menor disfrute de los derechos civiles y políticos. En este contexto, una situación de máxima violación de los derechos económicos, sociales y culturales significará una máxima violación de los derechos civiles y políticos.”⁴⁰

B. Naturaleza de las obligaciones

La naturaleza de las obligaciones del Estado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales ha sido también abordada por la CIDH. En un capítulo sobre derechos de la niñez incluido en un informe reciente, la Comisión, señaló, por ejemplo, que

“Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño prevén que la familia sea responsable de garantizar el nivel de vida del niño. Sin embargo, dichos instrumentos también establecen un rol para el Estado en la protección del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Parte “adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres … a dar efectividad a[ll] … derecho [a un nivel de vida adecuado] y, en caso necesario, proporcionarán asistencia y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, vestuario y la vivienda”.

“Por lo tanto, está obligado el Estado colombiano a intervenir para proveer las necesidades básicas de los niños, cuando sus familias no se encuentran en condiciones para hacerlo, antes de que se

40. Id. párr. 4.

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.”⁴¹

C. Pobreza extrema

En relación a la pobreza extrema y a su relación con los derechos humanos, la Comisión analizó detalladamente el tema en un informe reciente, concluyendo que

“Una de las situaciones generales de derechos humanos más preocupantes en el hemisferio es la relacionada con la pobreza extrema que afecta a un número cada vez mayor de personas.

... “A menudo se sostiene que lo reducido de los recursos públicos constituye un impedimento para la plena realización de los derechos económicos y sociales. Al respecto debe tenerse en cuenta que es frecuente que los recursos destinados por el Estado para tales rubros sean insuficientes, pero además debe tomarse en cuenta, que no sólo se trata de cuánto se destina a gastos sociales, sino también la manera en que los fondos son utilizados.

... “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que la pobreza extrema constituye una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales. Los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a no ser ejecutado arbitrariamente, 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. Además de destinar recursos públicos por un monto suficiente para los derechos sociales y económicos, los Estados deben velar por el uso apropiado de tales recursos. La experiencia demuestra que la pobreza extrema 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.”⁴²

41. CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, 1999, cap. 13, párr. 33 y 34.

42. Corte I.D.H., Caso Villagrán Morales y Otros (Caso de los “Niños de la Calle”), sentencia de 19 de noviembre de 1999, voto concurrente de los jueces Antonio Augusto Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, párr. 6,8,9,2,3 y 4.

En lo concerniente al derecho a la vida, al concepto de “proyecto de vida” y su relación con los derechos humanos, se señala, en una sentencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo siguiente:

“En los últimos años, se han ido deteriorando notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados Parte de la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esa realidad.

...
“El proyecto de vida es consustancial con el derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana.

...
“Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano. Estos agravios hacen víctimas no sólo a quienes los sufren directamente en su espíritu y en su cuerpo; se proyectan dolorosamente en sus seres queridos, en particular en sus madres, que comúnmente también padecen el estado de abandono.

...
“El derecho a la vida implica no sólo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico.

...
“Creemos que hay diversos modos de privar a una persona arbitrariamente de la vida: cuando es provocada su muerte directamente por el hecho ilícito del homicidio, así como cuando no se evitan las circunstancias que igualmente conducen a la muerte de personas.

...
“La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.”⁴³

43. Corte I.D.H., Caso Villagrán Morales y Otros (Caso de los “Niños de la Calle”), sentencia de 19 de noviembre de 1999, voto concurrente de los jueces Antonio Augusto Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, párr. 6,8,9,2,3 y 4.

D. Derecho al trabajo

La Comisión Interamericana se ha referido asimismo a derechos específicos de naturaleza económica y social. En lo concerniente al derecho al trabajo, por ejemplo, la CIDH ha señalado que:

“el derecho al trabajo es un derecho humano de muy especial relevancia, que atañe al disfrute de muchos otros derechos. Al respecto, debe significarse que el derecho al trabajo es el primero de los derechos a que se refiere el Protocolo de San Salvador. Dicho instrumento, en sus artículos 6 y 7, establece que los Estados se comprometen a “adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo” y que deben garantizar en sus legislaciones, de manera particular, “una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias”.⁴⁴

E. Derecho a la seguridad social

En lo concerniente al derecho a la seguridad social, la Comisión ha indicado, por ejemplo, que “ha venido recibiendo diversas denuncias respecto a los problemas que se presentan en Perú en relación al derecho a la seguridad social (...). La Comisión considera que la situación de los pensionistas peruanos es un aspecto de extrema importancia que el Estado peruano debe tomar muy en cuenta, teniendo presente para ello que la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre consagra en su artículo XV que “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencia de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.”⁴⁵

137

F. Derecho al desarrollo, al medio ambiente y derechos de los pueblos indígenas

En su Informe General sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, de 1997, la Comisión Interamericana efectuó consideraciones interesantes sobre la relación entre ciertas condiciones de desarrollo, medio ambiente y derechos de los pueblos indígenas. Lo hizo en el contexto del análisis de la explotación de petróleo en zonas de la selva ecuatoriana, y la forma en que esto afecta la forma de vida y algunos derechos fundamentales de las poblaciones indígenas.

44. CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú, ob. cit. Cap. VI, párr. 25.

45. Id. pár. 26 y 27.

“La Comisión ha recibido información, durante y después de su visita a la zona, de personas y grupos de las comunidades de pobladores e indígenas. Todas estas personas que viven en sectores de desarrollo petrolero han expresado de manera unánime que las operaciones en general, y la manipulación y eliminación inadecuadas de los desechos tóxicos en particular, han puesto en peligro su vida y su salud. Afirman que las actividades de explotación que tienen lugar en sus comunidades o en zonas aledañas han contaminado el agua que ellos usan para beber, cocinar y bañarse, el suelo que cultivan para producir sus alimentos y el aire que respiran. Los residentes de los sectores afectados señalaron que sus ríos, arroyos y mantos subterráneos están contaminados con crudo y desechos tóxicos de la producción, los cuales son liberados al medio ambiente sin ser debidamente tratados o eliminados, o son producto del derrumbe o la lixiviación de las fosas de desechos y de los derrames de petróleo. En muchos casos, esos cursos de agua son las únicas fuentes de las que disponen los seres humanos para beber, cocinar y bañarse, y donde beben también el ganado, los animales domésticos y la fauna silvestre. Los residentes de varias comunidades se quejaron de que respiran aire contaminado cuando se queman desechos de petróleo y de gas sin ningún tipo de control de emisiones. Numerosas personas viven y caminan a lo largo de senderos rociados con crudo y se quejan de que están constantemente expuestas al petróleo y a las partículas de polvo recubiertas de petróleo suspendidas en el aire.

138

“La información analizada sobre el impacto de las actividades de explotación petrolera en la salud y la vida de los residentes afectados plantea graves inquietudes, por lo que la Comisión alienta al Estado del Ecuador a tomar las medidas necesarias para asegurar que las acciones de sus agentes, a través de la compañía petrolera estatal, cumplan las obligaciones jurídicas tanto nacionales como internacionales. Asimismo, la Comisión exhorta al Estado a tomar medidas para evitar daños a las personas afectadas debido al comportamiento de los concesionarios y actores privados. El Estado del Ecuador deberá cerciorarse de que existen medidas de protección para que no ocurran incidentes de contaminación ambiental que amenacen la vida de los habitantes de los sectores en desarrollo. Cuando se haya infringido el derecho a la vida de los residentes del Oriente a causa de la contaminación ambiental, el Gobierno está obligado a responder con medidas apropiadas de investigación y desgravio”⁴⁶

46. Véase CIDH, Informe General sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, 1997, Cap. VIII.

G. Recomendaciones Generales a los Estados

Las recomendaciones efectuadas por la CIDH en los capítulos sobre derechos económicos, sociales y culturales de sus informes generales sobre la situación de los derechos humanos en países reflejan asimismo perspectivas de la CIDH sobre la materia. Un ejemplo de ello son las recomendaciones efectuadas por la CIDH en sus recientes informes sobre Perú y sobre Paraguay. En su informe sobre Perú, por ejemplo, la Comisión recomendó al Estado peruano:

“Que otorgue debida prioridad en su política macroeconómica a la solución de los problemas persistentes y graves de la pobreza, así como a las grandes desigualdades que imperan en la sociedad peruana, pues tales factores tienen un impacto muy grande en el disfrute efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

“Que otorgue debida importancia y respeto a todo lo concerniente a los derechos laborales, tanto en la legislación como en las políticas públicas.

“Que tome las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la legislación sobre salario mínimo, el cual debe ser suficiente para cubrir el costo de la canasta familiar básica.

“Que tome medidas para garantizar que se respeten los derechos adquiridos en materia de pensiones, y, por otra parte, que el monto de las pensiones que se fijen sea suficiente para cubrir, como mínimo, el costo de la canasta familiar básica.

“Que otorgue debida importancia a que los cambios en los sistemas de salud no impliquen un menoscabo del derecho a la salud de todos los peruanos y peruanas.⁴⁷

En su reciente informe general sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, la Comisión, entre las recomendaciones efectuadas al Estado, incluyó las siguientes:

“La Comisión insta al Estado paraguayo a otorgarle la mayor prioridad y voluntad política a los aspectos relacionados con los derechos humanos de naturaleza social y económica. El Estado paraguayo debe redoblar los esfuerzos en adoptar políticas que procuren un crecimiento económico del país que beneficie a las clases sociales

47. CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú, ob. cit., cap. VI.

vulnerables. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo planteado en el mencionado Informe sobre Desarrollo Humano, respecto a que “se requieren políticas para vincular el crecimiento y los derechos. La asignación de recursos y la modalidad del crecimiento económico deben ser favorables a los pobres, al crecimiento humano y a los derechos humanos. Los recursos generados por el crecimiento tienen que destinarse a la erradicación de la pobreza, al desarrollo humano y al goce de los derechos humanos”.

“Entre las estrategias específicas que se han mencionado deben ser tomadas en cuenta en la lucha contra la pobreza se encuentran: “1) Procurar el crecimiento económico en beneficio de los pobres. Los países de bajos ingresos tienen que acelerar su crecimiento, pero con una modalidad encaminada a favorecer a los que se encuentran sumidos en la pobreza, tanto desde el punto de vista humano como del ingreso. 2) Reestructurar los presupuestos. Para destinar gastos adecuados y no discriminatorios a las cuestiones humanas fundamentales, especialmente en la prestación de servicios básicos, se requiere un examen de las prioridades y la eliminación de la discriminación contra los más desfavorecidos. 3) Garantizar la participación. Los pobres tienen derecho a que se les consulte acerca de las decisiones que afectan su vida. Esto requiere procesos que amplíen el espacio político a fin de dar voz a los pobres y a sus defensores, incluidas las organizaciones no gubernamentales, medios de difusión libres y asociaciones de trabajadores. 4) Proteger los recursos ambientales y el capital social de las comunidades pobres. El medio natural y las redes sociales son recursos de los pobres para ganarse la vida y salir de la pobreza. 5) Eliminar la discriminación -contra las mujeres y los grupos minoritarios. Se requieren reformas sociales para eliminar la discriminación”. ⁴⁸

140

IV. Referencias a los DESC en Soluciones Amistosas y Medidas Cautelares y en otras iniciativas de la Comisión

A. Derecho a la tierra

La CIDH aprobó la solución amistosa del caso 11.713, mediante el informe No.90/99. El caso fue presentado por las Comunidades Indígenas Enxet-Lamenxay y Kayleyphapopyet -Riachito- contra Paraguay. La denuncia original había sido presentada a la Comisión por la organización indígena “Tierra Viva”, asesorada por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). En la misma se alegaba que el gobierno paraguayo vendió e invadió tierras que le pertenecían a los Enxet, un pueblo indígena que habita la región del Chaco paraguayo. Unos 6.000 indígenas Enxet que

48. CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, ob. cit, cap. V.

vivían de la caza, la pesca y la crianza de animales iniciaron ante el Instituto de Bienestar Rural (IBR) los trámites administrativos para la recuperación de sus territorios tradicionales. Los representantes judiciales de las mencionadas comunidades indígenas solicitaron a un juzgado medida preventiva de no innovar sobre las tierras reclamadas, la cual fue acordada en 1994. Los ocupantes de las fincas no acataron la medida judicial decretada, por lo cual se intentaron las acciones penales correspondientes.

Los peticionarios argumentaron que los hechos referidos implicaban una violación por parte del Estado paraguayo de los derechos a garantías judiciales, a la protección judicial, a la propiedad, al derecho a la residencia, y a los beneficios de la cultura, contemplados en los artículos 8, 25, 21 y 22 de la Convención Americana y XIII de la Declaración Americana respectivamente.

El 25 de marzo de 1998 se firmó un acuerdo de solución amistosa, propiciado por la Comisión, conforme al cual el Estado paraguayo se comprometió a adquirir una superficie de 21.884.44 hectáreas ubicada en el Distrito de Pozo Colorado, Departamento de Presidente Hayes, del Chaco paraguayo, entregarla a las mencionadas comunidades indígenas y titularla a su nombre ante los órganos competentes.

En relación el mismo pueblo pero referido a otras comunidades, la CIDH ha declarado admisibles dos denuncias. Se trata de los casos Comunidad Indígena Xakmok Kásek del Pueblo Enxet⁴⁹ y Comunidad Indígena Sawhoyamaxa del Pueblo Enxet⁵⁰, ambas contra Paraguay. En ambas denuncias, las comunidades refieren que han transcurrido más de una decena de años desde que se iniciaron los trámites necesarios para la recuperación de parte de su territorio ancestral, sin haber conseguido la resolución de los mismos. En el caso de la Comunidad Sawhoyamaxa argumentan también que se encuentran viviendo en condiciones infráhumanas, lo que ha implicado que varias personas incluidos menores de edad, haya muerto por la falta de alimentación y atención de su salud. La CIDH declaró -en ambos casos- admisible la denuncia por presuntas violaciones a los artículos 1.1, 2, 8, 21 y 25 de la Convención Americana.

141

B. Derecho a la salud de personas privadas de la libertad

La CIDH ha otorgado asimismo diversas medidas cautelares en relación con la atención médica a personas enfermas privadas de su libertad. Así, por ejemplo, el 28 de enero de 1999 la Comisión otorgó medidas cautelares y se dirigió al Estado peruano a fin de solicitarle la adopción de

49. CIDH, Informe 11/03 de 20 de febrero de 2003.

50. CIDH, Informe 12/03 de 20 de febrero de 2003.

medidas eficaces para proteger la salud y la integridad personal del señor Juan Francisco Tulich Morales. De acuerdo con la información recibida, el señor Tulich Morales se encontraba recluido en un establecimiento penal, donde no se le estaba facilitando la atención médica, los cuidados ni la medicación necesaria para atender a su delicada condición de salud.⁵¹

C. Derecho a la salud de las personas con discapacidades mentales

La CIDH ha hecho también importantes avances en el tema de los derechos humanos de las personas con discapacidades mentales. Al respecto, la CIDH, por primera vez en su historia, visitó recientemente un hospital psiquiátrico, en el marco de una visita *in loco* efectuada a Panamá. En dicha visita la Comisión contó con la asistencia técnica de la Organización Panamericana de la Salud.⁵² En relación con el mismo tema, la Comisión formuló recientemente una recomendación general, denominada “Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental”.⁵³

La CIDH también ha declarado admisible el caso Damião Ximenes Lopes contra Brasil.⁵⁴ La víctima fue internada en la Casa de Repouso Guararapes en Sobral, Ceará, para recibir tratamiento psiquiátrico por padecer una enfermedad mental. Dos días después de su internación su madre fue a visitarlo encontrándolo con visibles marcas de tortura, las manos atadas, su abdomen hinchado, pidiéndole que llamara a la policía. Horas más tarde, falleció, sin que posteriormente se aclararan debidamente las circunstancias y causales de su muerte, ni se establecieran responsabilidades por la misma. La CIDH declaró admisible el caso por la presunta violación de los artículos 4, 5, 11 y 25 de la Convención Americana.

142

V. Reflexiones finales

A manera de conclusión, puede afirmarse que el sistema interamericano de protección ha comenzado a asumir sus responsabilidades en el sentido de contribuir eficazmente a la interdependencia, integralidad e indivisibilidad de todos los derechos humanos. Desde luego, el camino a recorrer para alcanzar ese objetivo es muy largo y azaroso. No son menores los obstáculos

51. Véase al respecto CIDH, Informe Anual 1999, Medidas cautelares acordadas o extendidas por la Comisión, Cap. 3, párr. 47.

52. Véase al respecto, CIDH, Comunicado de Prensa No.10/01, 8 de junio de 2001.

53. Aprobada por la CIDH en su 111 período extraordinario de sesiones, el 4 de abril de 2001. Informe Anual 2000.

54. CIDH, Informe 30/02 del 9 de octubre de 2002. A la fecha se encuentra pendiente la emisión del Informe final del caso.

que se plantean, comenzando por el de una doctrina que todavía no supera la noción de las “generaciones de derechos” ni su consecuencia (tal vez no originalmente deseada) de una importante diferencia en el modo de implementación de las distintas categorías. Tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, hace falta un gran esfuerzo conceptual y de imaginación para concebir formas de hacer justiciables los derechos económicos, sociales y culturales. Hasta que ellos no sean exigibles en casos concretos, y susceptibles de medidas del poder público para hacerlos cumplir, se mantendrán en el plano de las aspiraciones o de las normas programáticas, y no serán derechos en el sentido estricto del término.

Afortunadamente, en las jurisdicciones nacionales de nuestros países (y también de otras democracias emergentes, como India y Sudáfrica) comienza a abrirse camino una jurisprudencia que, sin desechar el contenido de la norma sobre realización progresiva, diseña procesos mediante los cuales el poder administrador debe dar cuenta detallada de sus esfuerzos de buena fe por dar cumplimiento a normas de derechos sociales incluidas en las constituciones o en tratados internacionales. Un ejercicio similar es el que está haciendo el sistema interamericano, ejemplificado en los casos e informes mencionados en este trabajo. Es de hacer notar que el carácter incipiente de esta jurisprudencia se corresponde con el estado de la cuestión en otros sistemas regionales o universales.

Como en otros ámbitos, los progresos paralelos en materia de DESC que logren los distintos sistemas servirán de aliento y emulación recíproca. En todos los sistemas, pero especialmente en el Interamericano, las características del sistema de casos ponen la carga de la presentación y desarrollo de casos emblemáticos en los peticionarios. La Comisión puede tomar iniciativas en forma de informes por países, del trabajo promocional de sus relatorías temáticas, y hasta del envío de solicitudes de opinión consultiva a la Corte. Pero el progreso real en la determinación de contenidos y alcances de las normas de los tratados se logrará mediante informes y sentencias dictadas en casos contenciosos, luego de un procedimiento en que el Estado exponga sus razones y su versión de los hechos, y en que la norma abstracta se aplique a un caso de la vida real.

143

Como lo ilustran los casos mencionados en este rápido análisis de los desarrollos recientes del sistema, los problemas fundamentales de desigualdad y discriminación que afectan a nuestros países ya han comenzado a tocar las puertas del sistema. De esta manera, la sociedad civil del continente está dando respuesta al clamor de justicia (social y económica a la vez que civil y política) que surge de las insuficiencias de nuestra democracia en este principio de un nuevo milenio. Las instituciones del sistema sabrán dar una respuesta jurídica y ética a estas necesidades de protección, y contribuirán así al desarrollo progresivo de los derechos humanos.

La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano

Viviana Krsticevic*

I. Introducción

Para el movimiento de derechos humanos y, en particular, para los/as ciudadanos/as de los países en desarrollo, el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales¹ constituye un reclamo prioritario². El continente americano no es ajeno a esta realidad. América es considerada como una de las regiones de mayor desigualdad en el mundo³. En el curso de las últimas décadas, la desigualdad se incrementó a la par del deterioro en el acceso y la prestación de servicios sociales básicos como la salud, la educación y la seguridad social en el marco de programas de ajuste económico. En respuesta a esta situación, diversos colectivos –movimiento sindical y de derechos humanos, pueblos indígenas, partidos políticos, etc.– asumieron reclamos sociales con un lenguaje de derechos⁴.

* Directora Ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). La autora reconoce el papel crucial que cumplieron Javier Mújica, Ligia Bolívar, Carmen Herrera, Julieta Rossi y Víctor Abramovich impulsando el trabajo del CEJIL en este área; asimismo, agradece a Ana Aliverti por sus valiosos aportes a la edición de este artículo.

145

1. En adelante, DESC o derechos sociales.
2. Si bien el reclamo de los derechos sociales es relevante en los países desarrollados (como lo demuestra el desarrollo de la jurisprudencia del sistema europeo), es en los países en desarrollo de la región donde la población en general está en una situación de mayor destitución y, en diversos ámbitos, ha articulado con mayor claridad reclamos económicos, sociales y culturales en forma de derechos.
3. En este sentido véase en *Meeting the Millennium Poverty Reduction Targets in Latin America and the Caribbean*, informe preparado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Instituto de Pesquisa Económica Aplicada (IPEA) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en Santiago de Chile, Diciembre de 2002; y en Ruthanne Deutsch y Nora Lustig, *El Banco Interamericano de Desarrollo y la reducción de la pobreza: visión general*, Washington D.C., diciembre de 1998.
4. Así, por ejemplo, los zapatistas, en el marco del Congreso Nacional Indígena del 1º de mayo de 2001, respaldados en el Convenio 169 de la OIT, reclamaron el derecho de los pueblos indígenas de asumir el control de sus instituciones y formas de vida, y de mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, territorios y recursos naturales, dentro del marco del Estado en que viven; una serie de sindicatos panameños (IHRE, SITIRHE, etc.) reclamaron su despido en el marco de una retaliación por el ejercicio de su derecho a huelga ante la Corte Interamericana; los "Sem Terra" en Brasil, en enero de 2001, denunciaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haber sido objeto de investigaciones ilegales por parte del gobierno de Paraná - a su vez esta última se suma a otros dos procesos abiertos en el ámbito de la OEA por denuncias de violencia en el campo-; en Argentina, la Central de Trabajadores Argentina (CTA) junto con el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y CÉJIL reclamaron la criminalización de la protesta social en dicho país, basados en el ejercicio de la libertad de expresión, la seguridad personal y las garantías del debido proceso legal.

Pese al vigor del reclamo, la consecución de los derechos económicos, sociales y culturales enfrenta serios obstáculos en el continente americano. Entre éstos podemos mencionar el clientelismo y la instrumentación de políticas discriminatorias y de exclusión de ciertos sectores, que coartan las posibilidades de asignaciones racionales de recursos; la adopción de planes económicos que no resguardan derechos básicos o que tienen consecuencias discriminatorias; la reticencia de los poderes judiciales y legislativos de proteger los derechos sociales por deferencia con el poder administrador; las dificultades reales a las que se enfrentan los Estados de la región para la obtención y disposición de recursos que permitan la protección efectiva de estos derechos.

En el ámbito interamericano, la entrada en vigor del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (también conocido como Protocolo de San Salvador)⁵, en 1999, se da en un momento de mayor consolidación del sistema de protección regional de los derechos humanos y de creciente interés del movimiento de derechos humanos en utilizar estrategias jurídicas para la protección de los derechos sociales. Así, el Protocolo de San Salvador generó muchas expectativas en cuanto a la posibilidad de utilizar el sistema regional para avanzar en la protección de los derechos sociales.

La mirada más cercana al sistema interamericano tiene en cuenta que los sistemas de protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito internacional ofrecen tanto recursos para su resguardo como guías para el establecimiento de políticas⁶. De esta manera, la protección internacional tiene capacidad para lograr que las víctimas de una infracción a un derecho social sean resarcidas y, además, impulsar cambios de política y de legislación de impacto general. Así, existe la posibilidad de poner freno a los abusos más flagrantes de los derechos (entre ellos, las políticas de carácter discriminatorio) y, de esta manera, asegurar el goce de derechos fundamentales.

Ahora bien, aún con antelación a la entrada en vigor del limitado Protocolo de San Salvador, los órganos fiscalizadores del sistema regional han emitido informes y resuelto una serie de casos en los que se evidencian algunas de las posibilidades y de los obstáculos que las víctimas, los abogados, los Estados y los propios órganos del sistema

5. En adelante, Protocolo de San Salvador, Protocolo o PSS.

6. Algunos órganos y organismos internacionales tienen una reconocida trayectoria en este ámbito. Así, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (en adelante, Comité de DESC o CDESC), etc.

encuentran a la hora de proteger derechos económicos, sociales y culturales. En este artículo desarrollaré algunos de los elementos fundamentales a tener en cuenta en la satisfacción de los derechos sociales en el sistema interamericano; en particular, me centraré en las estrategias de litigio en la arena interamericana para la defensa de aquéllos. La selección de esta estrategia tiene en cuenta la capacidad de aquélla de lograr resoluciones judiciales de carácter definitivo que permitan tutelar los derechos de individuos o grupos. El litigio, no sólo a través de las sentencias sino a partir del mismo planteo del caso, ha permitido abrir espacios de diálogo, dar poder a comunidades afectadas, avanzar en la práctica en la garantía de los derechos sociales. El litigio promueve el debate sobre la existencia misma de ciertos derechos, su contenido y alcance; en ocasiones exige discusiones sobre políticas públicas, asignaciones de recursos, prioridades estatales. Esta herramienta es útil para discutir el alcance de los compromisos establecidos por los Estados, para evaluar el grado de cumplimiento de los mismos por los diferentes actores a nivel local, etc.

No pretendo, sin embargo, desarrollar a cabalidad cada una de las vías posibles a explorar en el curso del litigio. Me limitaré a dar un panorama de las avenidas abiertas para el desarrollo y la defensa de los derechos sociales, concentrando mi atención en primer lugar, en el marco normativo y las herramientas con las que cuenta el sistema interamericano; luego, avanzaré en algunas consideraciones sobre el litigio de denuncias ante el sistema regional.

147

II. Consideraciones generales sobre la protección de los derechos económicos sociales y culturales en el sistema interamericano

El sistema interamericano presenta características que lo hacen especialmente capaz para proteger los derechos económicos, sociales y culturales a nivel internacional. En primer lugar, el marco normativo de protección de estos derechos en el sistema interamericano es muy generoso pues distintas normas de naturaleza obligatoria para los Estados contienen disposiciones que garantizan su protección. A ello se suman, en segundo lugar, las numerosas herramientas de monitoreo que tienen los órganos del sistema: entre éstas se incluyen los informes sobre países, que permiten dar cuenta de algunos problemas de carácter estructural que impiden el goce efectivo de los derechos, y el procedimiento de peticiones individuales con capacidad de emitir decisiones de carácter vinculante.

a. Marco normativo

La protección de los DESC en el sistema interamericano puede lograrse a través de distintos instrumentos respecto de los que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷ como la Corte

Interamericana de Derechos Humanos⁸ tienen competencia, en orden a establecer la responsabilidad internacional del Estado. Entre ellos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁹, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (o Protocolo de San Salvador), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –también conocida como Convención de Belém do Pará¹¹ y la Convención Interamericana para la Eliminación de toda forma de Discriminación de las Personas con Discapacidad¹².

De este modo, la protección de los DESC en el sistema interamericano puede lograrse de manera directa a través de la aplicación de estos instrumentos. A modo de ejemplo, podemos mencionar a la Declaración Americana -que en sus artículos XI y XII reconoce los derechos a la salud y a la educación entre otros- la Convención de Belém do Pará -que en su artículo 4º prevé: “toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce... de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre

148

7. En adelante, la Comisión, la Comisión Interamericana o CIDH.
8. En adelante, la Corte, la Corte Interamericana o Corte IDH.
9. En adelante, la Declaración, la Declaración Americana o DADDH.
10. En adelante, la Convención, la Convención Americana o CADH.
11. El nuevo reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en diciembre de 2000, prevé en su artículo 23 la posibilidad de presentar peticiones individuales respecto a estos instrumentos conforme a sus respectivas disposiciones, al Estatuto de la Comisión y al propio Reglamento.
12. Uno de los instrumentos americanos de protección de los derechos económicos y sociales es la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (en adelante, Carta Internacional Americana o CIAGS), emitida en el año 1948, a la par de la DADDH. Aquella declaración puede servir de instrumento interpretativo de los derechos y garantías plasmados en otros instrumentos convencionales americanos. Hasta el momento, la Carta Internacional Americana no ha sido utilizada en la resolución de casos individuales -aunque sí fue alegada-; tampoco ha sido mencionada en los preámbulos de las convenciones interamericanas ni en el texto de ninguna de ellas -a diferencia de la DADDH-, ni ha sido incluida en los propios instrumentos básicos del sistema, tal como ha sido advertido por la Comisión y la Corte. El objeto de la Carta, según su artículo 1º, es “declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el *minimum* de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americano, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos...”. La Carta detalla el alcance de una serie de derechos laborales, entre otros, el derecho de asociación, el derecho de huelga, el derecho de defensa dentro de los procedimientos disciplinarios de los empleados públicos, etc.

derechos humanos”, también reafirma que toda mujer podrá ejercer sus derechos económicos sociales y culturales libre de toda violencia y da cuenta del derecho de las mujeres a ser educadas libres de estereotipos¹³; la Convención Americana -que en sus artículos 16, 21 y 26 recepta el derecho de asociación, el derecho de propiedad y asume la obligación progresiva de garantizar el goce de los DESC- la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación de las Personas con Discapacidad –que en su artículo III establece, entre otras, la obligación del Estado de eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad en el empleo, la vivienda, la educación¹⁴ ;

13. La Convención de Belém do Pará dispone en sus artículos 5º y 6º lo siguiente: “Artículo 5. 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. Los Estados Parte reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos”; “Artículo 6. El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:
 - a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
 - b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.
14. Esta Convención dispone en su artículo III: “Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados Parte se comprometen a:
 1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa;
 - a. 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;
 - b. medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;
 - c. medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad;
 - d. medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo.
 2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas:
 - a. La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles;
 - b. la detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad; y
 - c. la sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad”.

y, por último -pero no por ello menos importante- el Protocolo de San Salvador, que es el instrumento de carácter específico que prevé el sistema interamericano para la protección de esta categoría de derechos y que protege un gran número de derechos: derecho al trabajo (artículo 6, PSS), condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (artículo 7, PSS), derechos sindicales (artículo 8, PSS), derecho a la seguridad social (artículo 9, PSS), derecho a la salud (artículo 10, PSS), derecho a un medio ambiente sano (artículo 11, PSS), derecho a la alimentación (artículo 12, PSS), derecho a la educación (artículo 13, PSS), derechos a los beneficios de la cultura (artículo 14 PSS), derecho a la constitución y protección de la familia (artículo 15, PSS), derecho de la niñez (artículo 16, PSS), protección de los ancianos (artículo 17, PSS) y protección de los minusválidos (artículo 18, PSS).

b. El papel de los órganos de protección

Los órganos de protección del sistema interamericano, la Comisión y la Corte, pueden recurrir a la función consultiva y la competencia contenciosa para el desarrollo de su labor de supervisión y tutela de los derechos humanos.

La función consultiva -que incluye la emisión de informes temáticos o de país, opiniones consultivas, recomendaciones generales, etc.- es una de las herramientas más valiosas del sistema para la tutela de los derechos humanos en general, y ha cumplido un importante rol en la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. Ella permite guiar a los Estados, a las organizaciones no gubernamentales (ONG), a la ciudadanía y a otros actores en la protección efectiva de los derechos de las personas. Una de las ventajas de este tipo de tratamiento es el análisis integral de la situación general de los derechos sociales o de una problemática específica, en un país determinado o en la región. Los informes permiten obtener una visión comprensiva de los obstáculos y los pasos dados para garantizar el pleno goce de los derechos; y los estudios temáticos permiten una visión comparada de la situación de la región, ayudan al desarrollo de soluciones regionales, entre otras cosas.

La función consultiva en la Corte se define como la competencia de aquélla para interpretar la Convención Americana y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Dicha función puede ser activada por cualquier Estado Miembro de la OEA -no sólo aquéllos que son Partes en la Convención- y los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización¹⁵. El ejercicio de esta competencia por parte de la Corte ha permitido el establecimiento de pautas sobre su propia autoridad, sobre las facultades de la Comisión y sobre los límites de las acciones de

15. Cfr., artículo 64.1, CADH.

los Estados, así como también sobre el alcance de derechos consagrados en la Convención; en esta línea, podemos mencionar sus pronunciamientos respecto del derecho a la igualdad¹⁶, la institución del habeas corpus¹⁷ y las garantías judiciales durante el estado de emergencia¹⁸, el derecho a la asistencia consular¹⁹, el derecho a la vida y la pena de muerte²⁰, los derechos de los niños/as²¹ entre otros.

Por su parte, la Comisión (en virtud de los artículos 41, incisos a, b, c, d, y 42, de la propia Convención; y de los artículos 56 y 57.1, incisos h e i, de su Reglamento)²² ejerce una función consultiva de carácter más amplio que la prevista respecto de la Corte. Así, por ejemplo, la Comisión puede impulsar de *motu proprio* investigaciones, monografías

16. Cfr. Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

17. Cfr. Corte IDH, El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

18. Cfr. Corte IDH, Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/89 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

19. Cfr. Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

20. Cfr. Corte IDH, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3; Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

21. Cfr. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

22. La Comisión tiene atribuciones para "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 al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos" (artículo 41.b de la Convención). Por su parte, en los artículos 56 y 57, incisos h e i, de su Reglamento se le encomiendan las siguientes tareas: "Artículo 56. Preparación de informes. La Comisión rendirá un informe anual a la Asamblea General de la OEA. Además, la Comisión preparará los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones, y los publicará del modo que juzgue oportuno. Una vez aprobada su publicación, la Comisión los transmitirá por intermedio de la Secretaría General a los Estados miembros de la OEA y sus órganos pertinentes"; "Artículo 57. Informe Anual. 1. El Informe Anual a la Asamblea General de la OEA deberá incluir lo siguiente:... h. los informes generales o especiales que la Comisión considere necesarios sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros y, en su caso, informes de seguimiento, destacándose los progresos alcanzados y las dificultades que han existido para la efectiva observancia de los derechos humanos; i. toda otra información, observación o recomendación que la Comisión considere conveniente someter a la Asamblea General, así como cualquier nueva actividad o proyecto que implique un gasto adicional".

y pedidos de información a los Estados sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales²³. Respecto de los derechos sociales, la Convención Americana exige que los Estados partes remitan a la Comisión “copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquélla vele por que 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”²⁴. Por otra parte, cabe señalar que el artículo 64²⁵ del

23. Cfr. Corte IDH, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de Leyes Violatorias de la Convención. Cit., párrafo 39. “Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Comisión directamente al Estado (art. 41.b) o en los informes a los que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención”.

24. Cfr., artículo 42, CADH. Dicho órgano ha sido reemplazado, mediante una enmienda a la Carta de la OEA, por el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI). El CIDI fue creado en 1996 bajo la autoridad de la Asamblea General de la OEA y tiene como principal función la de “promover el desarrollo integral en las Américas mediante la cooperación entre los países”. Véase, www.oas.org.

152

25. “Artículo 64. Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

1. Los Estados Parte deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios indicados en el artículo 42 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la misma fecha en que los someten a los órganos correspondientes.

2. La Comisión podrá pedir a los demás Estados miembros informaciones anuales sobre los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

3. Cualquier persona, grupo de personas u organización podrá presentar a la Comisión informes, estudios u otra información sobre la situación de tales derechos en todos o algunos de los Estados miembros.

4. Cuando la Comisión no reciba o considere insuficientes los datos indicados en los párrafos anteriores, podrá someter cuestionarios a todos o algunos de los Estados miembros, señalándoles un plazo para la respuesta o recurrir a otras fuentes de información disponibles.

5. Periódicamente, la Comisión podrá encomendar a expertos o entidades especializadas, estudios monográficos sobre la situación de uno o más de tales derechos en un país determinado, o grupo de países.

6. La Comisión formulará las observaciones y recomendaciones pertinentes sobre la situación de tales derechos en todos o algunos de los Estados miembros y las incluirá en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado.

7. Las recomendaciones podrán incluir la necesidad de prestación de ayuda económica u otra forma de cooperación entre los Estados miembros, prevista en la Carta de la Organización y en los demás acuerdos integrantes del sistema interamericano”, según Reglamento de la CIDH -aprobado en 1980 con modificaciones posteriores (la última fechada en 1996).

antiguo reglamento de la CIDH explicitaba alguna de las funciones de la Comisión en relación con los derechos sociales que, entendemos, quedan subsumidas en las facultades generales de recibir y solicitar información, realizar observaciones y recomendaciones, realizar informes, estudios, previstas de modo general en el nuevo reglamento. Más aún, la Comisión emite informes sobre la situación de los derechos humanos en los diferentes países así como informes temáticos, recomendaciones de carácter general, comunicados de prensa; también ha creado una serie de relatorías especiales a fin de promover derechos específicos como la libertad de expresión, los derechos de los pueblos indígenas, de las mujeres, de los/as niños/as, etc. En suma, la práctica misma de la Comisión Interamericana ha sido utilizar creativamente sus facultades generales de promoción y defensa para la protección de los derechos humanos entendida de manera integral; esto es, abarcando los derechos económicos, sociales y culturales. En el sistema interamericano, los desarrollos en el área de los derechos económicos sociales y culturales se han dado hasta el momento, en su mayor parte, en el ámbito de la Comisión Interamericana; particularmente, en los informes sobre la situación de derechos humanos en los diferentes países.²⁶

El Protocolo prevé dos mecanismos especiales de supervisión de las obligaciones establecidas en el tratado que pueden incluirse en la categoría de facultades consultivas. El primero de ellos, consiste en la presentación de informes periódicos sobre las medidas que adopten los Estados para garantizar los derechos consagrados en el Protocolo (artículo 19, PSS); el segundo, en la formulación de recomendaciones por parte de la Comisión (artículo 19.7, PSS). Los informes periódicos se remitirán al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura -en la actualidad al sucesor del órgano de la OEA mencionado en el Protocolo: el Consejo Interamericano de Desarrollo Integral (CIDI)- y, a través del Secretario General de la OEA, a la Comisión. Este mecanismo no ha funcionado porque los Estados presentan los informes al CIDI. Por su parte, la formulación de recomendaciones prevista en el artículo 19.7 del PSS repite las facultades que la Comisión posee para formular recomendaciones sobre temas de derechos humanos, consagrada en los artículos 41 de la Convención Americana y 56 y 57 de su Reglamento. En suma, el PSS establece y privilegia los informes y recomendaciones por sobre la protección judicial a través de quejas en un viraje de la tradición de los instrumentos convencionales interamericanos que han privilegiado las peticiones individuales por sobre los informes.

26. Véase, en este sentido, Informe de la Comisión Interamericana sobre la situación de los derechos humanos de las personas y pueblos indígenas en las Américas, de 24 de septiembre de 2000; en particular, el capítulo IV.

Por otra parte, la función contenciosa, también es crucial para el desarrollo de los derechos sociales en el sistema interamericano. Ahora bien, una de las dificultades del sistema interamericano para la protección de los derechos sociales receptados en el Protocolo de San Salvador radica en las limitaciones que aquél impone a la utilización de la vía contenciosa, que queda limitada exclusivamente a los derechos sindicales (artículo 8 inciso a del PSS)²⁷ o el derecho a la educación (artículo 13 del PSS)²⁸, por una acción

27. Cfr., artículo 8º, Protocolo de San Salvador: "Derechos Sindicales.

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".

154

28. Cfr., artículo 13, del Protocolo de San Salvador: "Derecho a la Educación.

1. Toda persona tiene derecho a la educación.

2. Los Estados Parte 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 Parte 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.

imputable directamente al Estado Parte del Protocolo (artículo 19.6, PSS). De esta manera, el PSS permite la protección por vía contenciosa de sólo dos de los trece derechos consagrados en el texto convencional y limita los reclamos a aquellos generados por acciones del Estado exclusivamente -aún cuando, en esta área, las omisiones son especialmente relevantes a la hora de evaluar las infracciones a los derechos sociales. En la práctica, el derecho de asociación de los trabajadores, plasmado en el artículo 8.a del PSS, ya estaba reconocido por la propia Convención Americana. Incluso la misma Comisión ha extendido la interpretación del artículo 16 de la Convención Americana de modo de comprender la protección del derecho de huelga, alegando ante la Corte que el derecho de asociación con fines sindicales comprende el derecho de huelga; de este modo ha ampliado el alcance de la protección judicial del derecho de asociación más allá de lo previsto por el Protocolo del San Salvador -que no incluye el artículo 8.b sobre derecho de huelga en aquellos derechos susceptibles de denuncia individual²⁹. En la sentencia del caso Baena, la Corte estableció la violación al derecho de asociación basada en una serie de despidos arbitrarios que ocurrieron con motivo de la organización y desarrollo de una huelga³⁰. Respecto al derecho a la educación es

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

155

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 Parte".

29. Siguiendo la doctrina de Convenios 87 y 98 de la OIT, la Comisión argumentó que tanto la resolución del Ejecutivo que declaró ilegal la huelga como la ley que dispuso una sanción para las asociaciones de empleados que reivindicaban una serie de derechos violaban el artículo 16 de la Convención. Así, sostuvo que este derecho supone la no intervención estatal no sólo en el momento en que se constituye la asociación sino también en el desarrollo de las actividades legítimas del grupo, así como la no imposición de consecuencias desfavorables como corolario de aquéllas. Cfr. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrafos 151.

30. Cfr. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafos 171 y 172. "Para arribar a conclusiones sobre si el Estado vulneró el derecho a la libertad de asociación, la Corte toma particularmente en cuenta las afirmaciones contenidas en la demanda de la Comisión, las constancias que figuran en el expediente y las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT al resolver el caso No. 1569, las cuales no fueron contradichas o desvirtuadas por el Estado, en relación con los siguientes hechos: a) que la Ley 25 se expidió 15 días después de los hechos que dieron origen al presente caso; b) que no se observó la normativa referente al fuero sindical en relación con el despido de trabajadores; c) que fueron obstruidas las instalaciones e intervenidas las cuentas bancarias de los sindicatos; y d) que numerosos trabajadores despedidos eran dirigentes de organizaciones sindicales" [...] "No ha sido demostrado ante la Corte que las medidas adoptadas por el Estado fueron necesarias para salvaguardar el orden público en el contexto de los acontecimientos, ni que guardaron relación con el principio de proporcionalidad; en suma, la Corte estima que dichas medidas no cumplieron con el requisito de 'necesidad en una sociedad democrática' consagrado en el artículo 16.2 de la Convención".

posible que la entrada en vigor del Protocolo tenga un mayor impacto sobre su desarrollo dando impulso a la Comisión Interamericana a establecer el alcance de este derecho. Sin embargo, como veremos más adelante, las limitaciones del PSS no obstan a la utilización de la vía contenciosa para la protección de los derechos sociales, aún de aquellos que no son considerados tutelables por vía de las peticiones individuales en dicho tratado.

El procesamiento de denuncias individuales está previsto en los artículos 23 y 24 del Estatuto de la Comisión, en los capítulos II y III de su Reglamento y en los artículos 41.1 (f, 44, y 61 y siguientes de la Convención Americana. Los órganos del sistema americano han interpretado y aplicado los instrumentos interamericanos señalados en el marco normativo de la protección de los derechos sociales; la mayor parte de los desarrollos en la protección de los derechos sociales se ha generado a partir de la interpretación de las obligaciones establecidas en la Convención Americana y en la Declaración Americana. Así, existen decisiones y resoluciones en informes finales, soluciones amistosas y medidas cautelares que garantizan derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, sus pronunciamientos sobre la exigibilidad de los derechos sociales han servido para establecer el alcance de varios derechos. En esta línea, tanto la Comisión como la Corte han protegido de manera directa derechos económicos, sociales y culturales, como la salud³¹, la educación³², la propiedad³³, la asociación³⁴, a través de la interpretación y aplicación de dichos instrumentos en casos sometidos a ellos mediante denuncias individuales. Asimismo, la protección de los derechos económicos, sociales y culturales puede también lograrse a través de vías indirectas; y de esta forma lo han hecho en ocasiones los

31. Cfr. CIDH, Resolución N°12/85, caso 7615, del 5 de marzo de 1985. En este caso se reputó violado el derecho de los indios yanomami a la preservación de la salud y el bienestar, por la omisión en adoptar medidas oportunas y eficaces por parte del Estado brasileño.
32. Cfr. CIDH, "Testigos de Jehová", caso 2137, del 18 de noviembre de 1978. Interesante resulta la conclusión a la que arriba la Comisión pues advierte que, al restringir el Estado argentino las actividades desarrolladas por la Asociación Religiosa Testigos de Jehová, se violaron los derechos de sus miembros a la seguridad e integridad (Artículo I), de libertad religiosa y de culto (Artículo V), a la educación (Artículo XII), de asociación (Artículo XXI) y el derecho de protección contra la detención arbitraria (Artículo XXV), de la Declaración Americana.
33. Cfr. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrafos 119/131; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrafos 142/155.
34. Cfr. CIDH, Informe N°31/96, "Dianna Ortiz", caso 10.526, del 16 de octubre de 1996, párrafo 119. Tanto en este caso como en "Testigos de Jehová", ya citado, la Comisión entiende que los actos violatorios lesionan los derechos a la libertad religiosa y a la asociación. Por su parte, la Corte se ha pronunciado sobre este derecho en Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafos 153/173.

órganos del sistema. Una primera vía para la protección de los derechos consiste en interpretar amplia y comprensivamente un derecho civil³⁵ y político; una segunda vía, trata de cuestionar la arbitrariedad de ciertas decisiones a través de violaciones a las garantías del debido proceso o falta de tutela judicial efectiva de los derechos³⁶; una tercera vía, pretende identificar prácticas o políticas discriminatorias que afecten el goce de un DESC.³⁷

Pese a estos avances, la Comisión no ha desarrollado estándares respecto de la mayor parte de los derechos protegidos. Por su parte, la Corte Interamericana tiene un número limitado pero interesante de sentencias. En efecto, el más alto tribunal de la región ha realizado importantes avances en las últimas decisiones en la protección de varios derechos económicos, sociales y culturales (en el desarrollo del derecho a la vida, las garantías del debido proceso, tutela judicial efectiva, el

35. En este sentido, en el caso Villagrán Morales la Corte ha señalado que “[e]l derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho 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”. Cfr. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 144. Por su parte, el Comité DESC ha interpretado el derecho a la salud ampliamente, entendido como el “más alto nivel posible de salud física y mental” y no limitado al derecho a la atención de la salud (Cfr. Comité DESC, Observación general N°14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)”, adoptada en el 22º período de sesiones (2000), párrafo 4º). Así, advirtió la estrecha vinculación de éste con el ejercicio de otros derechos humanos, “en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud”. Cit., párrafo 3º.

36. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafos 119/143. En particular, en el párrafo 134 la Corte sostuvo: “[n]o escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, 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”.

37. En este sentido, la Comisión, en un caso contra el Estado de Guatemala, estableció que el régimen conyugal vigente en el país que atribuye funciones distintas a cada cónyuge dejando a la esposa en situación de inferioridad respecto a la posibilidad de trabajar fuera de su hogar, a representar a sus hijos y a la sociedad conyugal, y a administrar los bienes de éstos y de aquél, violaba el derecho de la peticionaria a la igualdad y a la protección de la familia. Se sostuvo que “la discriminación de género dificulta o anula la capacidad de la mujer para ejercer libre y plenamente sus derechos...”. Cfr., CIDH, Informe N°4/01, “María Eugenia Morales de Sierra”, caso 11.625, del 19 de enero de 2001, párrafo 50.

derecho de propiedad, la garantía de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley); esto tanto en opiniones consultivas, sentencias sobre el mérito de los casos, medidas provisionales y reparaciones.

El litigio, como sosteníamos más arriba, es un instrumento fundamental para avanzar en la protección de los derechos sociales. El proceso del litigio debe comprenderse asimismo de manera amplia, incluyendo desde la elaboración de la presentación del caso a la implementación de la decisión definitiva en el mismo. Esta herramienta ha permitido y puede permitir espacios importantes para discutir, dialogar, confrontar, y, avanzar en la tutela de dichos derechos. Ello ocurre en la medida que el litigio promueve el debate racional y fundado en el derecho internacional sobre la existencia misma de ciertos derechos, su contenido y alcance; y sobre las políticas públicas para su consecución. En suma, es claro que el sistema interamericano tiene la potencialidad y la capacidad para trabajar en pos de la protección de los derechos económicos sociales y culturales a través de esta herramienta pero que queda bastante camino por recorrer. Es justamente en virtud de esta potencialidad que me interesa desarrollar en este trabajo ciertas estrategias a considerar por los litigantes al momento de solicitar la protección de sus derechos sociales ante el sistema interamericano.

III. Estrategias de litigio en favor de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano

158

El litigio ante el sistema interamericano en torno a esta temática se remonta a los '70³⁸; sin embargo, el nivel de desarrollo de esta área es todavía precario debido a una multiplicidad de factores³⁹. En efecto, numerosas y numerosos afectados/as patrocinados/as en buena medida por organizaciones no gubernamentales han impulsado en el ámbito regional el litigio de una serie de casos para exigir la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁰. En esta sección se

38. La conclusión a la que arribó la Comisión en el caso “Testigos de Jehová”, ya citada, es una prueba de los primeros pasos en este sentido.
39. Entre otros, destacamos la falta de reclamo ante la CIDH por este tipo de violaciones por una buena parte del movimiento de derechos humanos de la región durante los años más crudos de las dictaduras en Sudamérica y de las guerras civiles en Centroamérica; el desconocimiento de esta vía por parte de colectivos fundamentales para la protección de los derechos sociales; la incertidumbre sobre el contenido de una buena parte de los derechos protegidos; la relativamente reciente entrada en vigor del Protocolo de San Salvador; la falta de receptividad y la inconsistencia en el tratamiento del tema por parte de la CIDH durante los '90.
40. Entre las organizaciones que activamente han participado en este esfuerzo en el sistema interamericano se cuenta PROVEA, CEDAL, CELS, CEJIL, entre otras.

reseñan algunos de los obstáculos encontrados -allanados o irresueltos- así como las oportunidades para lograr la exigibilidad de estos derechos en el sistema interamericano, que fueron identificadas a partir de experiencias de litigio y del análisis de la jurisprudencia de los órganos del sistema. A continuación se desarrollan una serie de cuestiones sustantivas relevantes para la tutela de los derechos sociales; en particular, nos abocaremos al desarrollo de las tácticas que permiten la llamada protección directa e indirecta de estos derechos.⁴¹

1. La protección directa

a. Normas que facilitan la protección directa

Como señalamos precedentemente, uno de los aspectos más interesantes que ofrece el sistema interamericano para el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales en la región es el marco normativo generoso que permite tutelarlos por la vía directa.

En efecto, esta normativa es fundamental para el desarrollo de una estrategia de litigio de los DESC. Así, ella permite superar uno de los obstáculos clásicos para el amparo de los derechos sociales: la determinación de la mera existencia de un derecho social (en algunas situaciones extremas). En particular, dentro de este plexo normativo son cruciales los derechos que están protegidos en las convenciones interamericanas en vigor y que prevén una norma de atribución de competencia en favor de los órganos del sistema. Como ejemplo de éstos podemos mencionar al Protocolo de San Salvador en lo que respecta al derecho a la educación o a la Convención Americana, sobre derecho de asociación o derecho de propiedad. Estas normas son especialmente importantes porque no cabe duda sobre la voluntad del Estado de comprometerse internacionalmente para amparar los derechos que en ellas se consagran.

159

Adicionalmente, la normativa que permite la protección directa avanza en algunos casos superando otro de los obstáculos recurrentes para el amparo de los derechos sociales: la determinación de su alcance o contenido⁴². Sin

41. Si bien reconocemos que existe una serie de aspectos procesales del sistema interamericano y aspectos de carácter político que tienen gran relevancia para el amparo de los derechos económicos, sociales y culturales -algunos de los cuales formaron parte de la exposición oral de la conferencia que estimuló este libro- dejaremos aquéllos para una segunda etapa. Entre los temas procesales destacados, podemos mencionar a la definición de víctima, la legitimación ante el sistema interamericano, los procesos de solución amistosa y las reparaciones en el sistema interamericano; algunos aspectos de carácter político tienen que ver con la relación entre la supervisión internacional y la nacional, la legitimidad de órganos contramayoritarios de involucrarse en debates de política pública, los actores involucrados en estos debates a nivel local e internacional, etc.

42. Así ocurre, por ejemplo, con la protección del derecho a la educación, estipulada en el PSS.

embargo, respecto de la mayor parte de los derechos el desafío continúa en pie. De esta manera, en vista del interesante plexo normativo y teniendo en cuenta lo incipiente del desarrollo del alcance de algunos derechos, es prudente basar los argumentos de la presentación en un litigio, en buena medida, en el alcance dado a los derechos en el texto de la normativa convencional teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado (siguiendo una de las reglas clásicas de interpretación de los derechos); en las convenciones generales o especializadas de carácter universal; en los desarrollos de *soft law*⁴³; y en la jurisprudencia o doctrina de los órganos de derechos humanos a nivel internacional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁴ o el Comité de DESC. En menor medida, los órganos del sistema interamericano han considerado los desarrollos del derecho comparado en la región o en el mundo con el objeto de establecer principios de derecho de carácter americano o universal. Es probable que frente al desafío de construcción de estándares, la Comisión y la Corte miren con detenimiento las resoluciones judiciales a nivel doméstico a fin de contar con una vara que consideren razonable para la región⁴⁵. Asimismo, los órganos del sistema pueden tener en cuenta el alcance de los derechos tutelados a nivel local en el Estado en cuestión. Ello brinda la posibilidad de que la Comisión y la Corte puedan revisar la legislación y la práctica nacional: en ocasiones ello puede servir para informar el contenido de un derecho o garantía (aumentando el umbral de compromiso internacional) o para elevar la protección del derecho a nivel doméstico (al rever la adecuación de la legislación u otras medidas estatales de defensa de los derechos sociales).⁴⁶

43. Cfr. CIDH, Informe N°63/99, "Víctor Rosario Congo", caso 11.427, del 13 de abril de 1999, en el que se citan las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos" y los "Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental".

44. En adelante, Tribunal Europeo o TEDH.

45. Durante la audiencia general sobre los derechos económicos sociales y culturales en América solicitada por CEJIL y la Plataforma Interamericana, el entonces presidente de la Comisión, Juan E. Méndez, realizó una solicitud de aportes en ese sentido.

46. Cfr. Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas tingni. Cit. En este caso, la Corte interpreta el derecho de propiedad protegido a nivel internacional teniendo en cuenta las obligaciones adicionales asumidas por el Estado a nivel constitucional; para ello invoca el artículo 29.b, CADH. Sobre este punto se pronunció advirtiendo que si bien la Constitución nicaragüense reconoce el derecho de los peticionarios a la propiedad de las tierras en las que habitan, no se han delimitado concretamente cuáles son los límites sobre los que se ejerce dicho derecho (párrafos 138 y 152/153). En este sentido estimó que la legislación nicaragüense vigente violaba los artículos 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial) en relación con los artículos 1, 1 y 2 de la Convención en tanto no establecía un mecanismo para delimitar, demarcar y titular el territorio propiedad de la comunidad indígena afectada (véanse, particularmente, los párrafos 139 y 155).

El plexo normativo generoso que hemos descrito más arriba no ha devenido en un gran número de casos planteados o reclamos resueltos sobre derechos sociales, ni ha promovido un salto cualitativo en la protección de aquéllos en la región. Si bien ello se debe a numerosas causas, me concentraré en dos temas íntimamente relacionados entre sí: la exigibilidad de los derechos consagrados en la Declaración Americana y la interpretación de la obligación de tomar medidas progresivas para la protección de los derechos sociales, prevista en el artículo 26 de la Convención Americana.

La Declaración protege de manera explícita una amplia gama de derechos económicos, sociales y culturales. Por esta razón, entonces, la elección de esta temática no es gratuita; de hecho la Declaración Americana es el instrumento interamericano que de manera más comprensiva establece obligaciones jurídicas en el ámbito de los derechos sociales a cargo de los Estados, que son exigibles a través de las peticiones individuales. Debido a la importancia que reviste este instrumento, la determinación del contenido y el esclarecimiento respecto de la exigibilidad de los derechos allí consagrados resulta imperiosa. Ello en tanto la falta de claridad respecto de su contenido y valor desdibuja los márgenes de la responsabilidad estatal al no encontrarse precisados los compromisos asumidos por los Estados en dicha materia⁴⁷. Asimismo resulta crucial establecer si los órganos del sistema están facultados para establecer violaciones autónomas de dicho instrumento una vez que ha entrado en vigor la CADH respecto de un Estado porque, en la práctica, la mayor parte de los Estados de la región se encuentran en esta situación. De esta manera, limitar su aplicación en la medida que sea posible acceder a la jurisdicción de la Corte quita fuerza al reclamo social; aunque, como veremos más adelante, ello no cierra las posibilidades de utilizar este instrumento como herramienta interpretativa de otros derechos. En efecto, la DADDH podría utilizarse como instrumento interpretativo que da contenido a las obligaciones previstas en el artículo 26 de la Convención Americana u otros derechos permitiendo así la protección de un amplio rango de derechos sociales.

161

b. La Declaración Americana

La Declaración Americana forma parte del sistema normativo interamericano, tal como lo han reconocido los Estados miembros de la OEA⁴⁸ y es, sin lugar a dudas, uno de los instrumentos a partir del

47. La falta de claridad acerca del valor de la DADDH no debería constituir un obstáculo en la determinación del alcance de los derechos protegidos por dicho instrumento, como ocurre en otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos con características de este tipo (v. gr., el Comité del Pacto).
48. Cfr. Corte IDH, La Colegación 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. Serie A No. 5, párrafo 44; 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-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrafo 42.

cual se estructura el sistema interamericano. Sin embargo, como bien señala la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 10, aquélla no es un tratado⁴⁹.

Respecto de su naturaleza jurídica, algunos Estados⁵⁰ y una parte de la doctrina⁵¹ sostienen que la Declaración Americana no puede ser fuente de obligaciones internacionales ya que es una mera declaración sin valor vinculante, no es un tratado. Otra parte de la doctrina, apoyada en algunas resoluciones de la Comisión, argumenta que la Declaración Americana no puede ser aplicada por los órganos del sistema una vez que la Convención Americana ha entrado en vigor, limitando de esta manera su aplicación por la Comisión y la Corte Interamericana⁵².

49. Cfr. 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. Cit., párrafo 33.

50. Ésta ha sido históricamente la posición del Gobierno de EEUU. En este sentido, se afirma que la Declaración tiene una importancia considerable, un considerable peso moral y político, pero que existe legalmente una gran diferencia entre las obligaciones morales y las obligaciones jurídicas. De hecho, se sostiene, que la Declaración es “un conjunto consensuado de principios generales no vinculantes” (“an agreed set of nonbinding general principles”). El efecto vinculante de aquélla no se deriva de ninguna norma en vigor: ni en el Protocolo de Buenos Aires ni en la Convención Americana se consagra tal carácter. Por otra parte, Estados Unidos argumenta que los Estados miembros no han reconocido tal efecto; pero aún si lo hubieran reconocido ello debería haber sido debatido detenidamente en el proceso de negociaciones. En este sentido, sostiene que los términos del artículo 29 d), CADH, han sido ampliamente discutidos acordándose finalmente la eliminación del término “legal”, que calificaba los efectos que puede producir la Declaración. Respecto a la remisión que de la Declaración Americana hace el preámbulo de la Convención, se afirma que en todo momento se hace referencia a los “principios” de la Declaración, que vendría a reforzar y complementar la protección prevista por los ordenamientos internos de los Estados americanos; si se reconociera el estatus de tratado a la Declaración se debería concluir en que la Convención es el segundo convenio general de derechos humanos y, por consiguiente, que sus términos tanto podrían complementar y precisar como reemplazar los términos de la Declaración. Y concluye afirmando que es el sistema y las instituciones protectoras de los derechos humanos en el sistema interamericano los que han cambiado su carácter legal, no la Declaración. Véanse, las observaciones de Estados Unidos a la Opinión Consultiva 10.

51. Cfr. en relación con la naturaleza jurídica de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pieter van Dijtk, “The Universal Declaration of Human Rights; its significance in the year 1988”, en SIM (Report of the Maastricht/Utrecht Workshop, 8-10 de diciembre de 1989), p. 29. Cit. en Manuel E. Ventura Robles, “El Valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en El Mundo Moderno de los Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996, pp. 255/265.

52. Véase en este sentido, Tara Melish, Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims, Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales de Ecuador, Ecuador, 2002, p. 44. Cabe destacar que la posición adoptada por la autora no implica la preclusión de la aplicación de la Declaración como instrumento interpretativo. Quisiera, asimismo, recomendar altamente la lectura y el uso de este manual para el trabajo de litigio de los DESC en el sistema interamericano. El libro de Melish es sin duda el documento más exhaustivo e importante que ha avanzado en dicha labor.

Adicionalmente, debemos señalar que la doctrina predominante a partir de los '80 sostiene que la DADDH vincula a todos los Estados de la OEA⁵³.

Los órganos del sistema a la fecha no han esclarecido en su doctrina o su práctica el valor de la Declaración, y, en particular, la posibilidad de establecer violaciones a la misma en los casos en que sean parte aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana.⁵⁴

La Comisión no ha tenido una actuación consistente respecto al carácter vinculante de la Declaración y la facultad de los órganos del sistema de establecer violaciones autónomas a los derechos en ella protegida, que superan el marco de los derechos civiles y políticos amparados en la CADH. En este sentido, respecto de un Estado (Estados Unidos) que no ratificó la CADH, la Comisión afirmó el carácter vinculante de la Declaración fundándolo en el hecho de que dicho Estado era miembro de la OEA y parte en la Carta de Bogotá modificada por el Protocolo de Buenos Aires, en cuyo articulado se prescribe que "las disposiciones de otros instrumentos y resoluciones de la OEA sobre derechos humanos adquieren fuerza obligatoria",

53. Entre otros, Thomas Buergenthal y Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas*, N.P. Engel, 1995; Cecilia Medina Quiroga, *The Battle of Human Rights*, Martinus Nijhoff, 1988. Nikken, por su parte, sostiene que "en una perspectiva jurídica, no puede considerarse como desprovista de efectos la proclamación reiterada de los signatarios de diversos instrumentos internacionales, en el sentido que las metas de tales instrumentos han de alcanzarse progresivamente. No es exagerado afirmar que esta proclamación reiterada constituye, en sentido positivo, el fundamento de verdaderas obligaciones de negociar nuevos medios que permitan el desarrollo y el perfeccionamiento del sistema" (Cfr. Pedro Nikken, "La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo", IIDH y Civitas, Madrid, 1987, p. 82) En este sentido, también se pronunció el Gobierno de Colombia en sus observaciones a la Opinión Consultiva 10: "la Convención Americana sobre Derechos Humanos... se inspiró, precisamente, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, y toda la Carta de la Organización de los Estados Americanos está imbuida, exactamente, de los mismos principios fundamentales, porque son los principios tutelares que tienden a conseguir, no sólo la mayor igualdad social en el Continente sino la defensa de libertades esenciales y de valores fundamentales en el mismo... [Y por ello] existe concatenación en todo el esfuerzo que se ha venido elaborando y desarrollando a través de todos estos años en este sentido y, que sería ilógico tener en cuenta a la Corte, para que diera interpretaciones y opinara acerca de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y no sobre el pilar fundamental respecto del cual ella fue establecida, como es nada menos que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá por la Novena Conferencia Panamericana".

54. Ello ocurre no respecto de casos en los que por razón del tiempo deba aplicarse la DADDH sino en aquellos que el marco temporal de aplicación permite la utilización tanto de la CADH como de la DADDH.

entre las que se cuenta la Declaración Americana que fue adoptada por el voto favorable de Estados Unidos⁵⁵. En otra importante línea de casos, la Comisión ha extendido su carácter vinculante más allá de los márgenes establecidos por el inciso a del artículo 20 de su Estatuto a efectos de determinar la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a los DESC. A guisa de ejemplo, vale recordar lo concluido en el caso de los *yanomami* (v. Brasil) en el que se sostiene que el Gobierno de Brasil violó el derecho a la preservación de la salud y el bienestar (artículo 9, DADDH)⁵⁶. De este modo, la Comisión ha establecido, en una serie de casos, violaciones a derechos sociales amparados en la DADDH -especialmente en casos cuyo marco temporal lo exige debido a la falta de ratificación de la Convención Americana a la época de los hechos⁵⁷. Sin embargo, respecto de la aplicación de la DADDH en relación con aquellos Estados que ya han ratificado la Convención Americana, la Comisión no ha integrado las normas de la Declaración junto con las de la Convención Americana a fin de proteger ciertos derechos sociales o, en ocasiones, no ha establecido violaciones autónomas a la misma. En contraposición, ha privilegiado una interpretación extensiva de los derechos civiles y políticos (entre otros, los consagrados en los artículos 5 y 8) o de la garantía de progresividad en el desarrollo de los derechos sociales (artículo 26, CADH)⁵⁸. Un ejemplo de ello es la demanda de la Comisión en el caso de Cinco Pensionistas (v. Perú), en la que no establece una violación de la DADDH sino que utiliza el texto de ésta para interpretar

55. Cfr., CIDH, Resolución N° 23/81, "Baby Boy", caso 2.141, del 6/3/81, párrafo 30. En otro caso -también contra Estados Unidos- en el que se planteó la violación al derecho a que no se ejecute la condena a pena capital impuesta respecto de hechos cometidos antes de cumplirse los dieciocho años de edad, la Comisión sostuvo el carácter vinculante de la Declaración Americana. Cfr., CIDH, Informe N° 3/87, "Terry Roach y Jay Pinkerton", caso 9.647, párrafo 158. Citado en Mónica Pinto, Temas de derechos humanos, Del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 38/39.

56. Cfr. CIDH, Resolución N°12/85, cit.. Cfr., punto primero del resitorio.

57. Cfr. entre otros, CIDH, Informe N° 75/02, "Mary y Carrie Dann", caso 11.140, del 27 de diciembre de 2002; Resolución N°12/85, cit.

58. Así, en el caso Víctor Rosario Congo (v. Ecuador), ya citado, la Comisión establece la violación del derecho a la vida de la víctima por falta de atención adecuada a su salud, pero no se hace referencia específica al derecho a la salud. Cfr. párrafos 83/84. En el caso de Odír Miranda (v. El Salvador) se alegó la violación al derecho a la salud consagrado en la DADDH; empero, el caso no se declaró admisible respecto de este derecho. En este sentido, la CIDH sostuvo que no tenía competencia *ratione materiae* para establecer de manera autónoma violaciones al artículo 10 del Protocolo de San Salvador, a través del sistema de peticiones individuales; no obstante, dejó abierta la posibilidad de considerar este Protocolo en la interpretación de otras disposiciones, en virtud de los artículos 26 y 29 de la CADH Cfr. Informe N°29/01, "Jorge Odír Miranda Cortez", caso 12.249, del 7 de marzo de 2001, párrafo 36.

la CADH⁵⁹. En un reciente informe de admisibilidad, sostuvo que si dos derechos se tratan en la CADH y en la DADDH, en la medida que la CADH esté en vigor, la protección de la DADDH queda subsumida a la protección de la Convención; sin embargo en la medida en que el derecho a la salud y al bienestar y el derecho a la seguridad social no se encuentran previstos en el Convención -sino exclusivamente en la Declaración-, es competente *ratione materiae* para examinar el fondo de la petición respecto de las violaciones a la Declaración alegadas por aplicación del artículo 29 d), CADH⁶⁰.

Por su parte, respecto de la cuestión, la Corte estableció en su Opinión Consultiva 10 que, si bien la Declaración Americana no es un tratado, constituye una fuente de obligaciones internacionales en cuanto determina los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA⁶¹, plasma el compromiso común de todos los Estados de la región de respetar los derechos fundamentales y ha sido reconocida como parte del sistema normativo por los Estados Miembros de la OEA⁶². Vale destacar que no es necesario que una obligación internacional para ser tal surja de un tratado, como lo prueban las obligaciones generadas por el *jus cogens* o la costumbre internacional. Por ello, el hecho de que la Declaración sea fuente de obligaciones no exige necesariamente la existencia de una norma contractual⁶³. Adicionalmente, el hecho de que exista una norma vinculante -de carácter contractual o extra-

59. Este punto se desarrollará más detenidamente en el título siguiente.

60. Cfr. CIDH, Informe N°03/01, "Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros (Sistema provisional)", caso 11.670, del 19 de enero de 2001, párrafos 41 y 42.

61. 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. Cit., párrafo 43. En este sentido, la Corte afirmó: "para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales". Cfr. párrafo 45.

62. Cfr. Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cit., párrafo 44; 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. Cit., párrafo 42.

63. En este sentido, véase las observaciones del Gobierno de Costa Rica a la Opinión Consultiva 10. Al respecto se sostuvo que la Declaración "lo que hace es llegar a conceptualizar ciertos preceptos que pueden ser elevados a la categoría indiscutible de norma consuetudinaria internacional. La totalidad del instrumento... no podría considerarse como un instrumento codificador de normas consuetudinarias internacionales. Lo que yo estoy diciendo, y lo que he afirmado a través de toda la disertación, es que ciertas normas de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre tienen categoría indiscutible de costumbre internacional. No podría ahora afirmarle que todos los preceptos".

contractual- no implica necesariamente que los órganos del sistema tengan la facultad u obligación de utilizarlas como instrumentos interpretativos o, menos aún, que tengan la posibilidad de aplicarlas. Y en este sentido resulta oportuno señalar que aunque la Corte ha avanzado en la interpretación del valor de la Declaración a través de su Opinión Consultiva 10, no ha esclarecido a cabalidad la posibilidad de aplicar aquélla en ejercicio de su competencia contenciosa. En efecto, la Corte no ha integrado en el análisis de los derechos a la Declaración Americana ni ha establecido violaciones de carácter autónomo de derechos establecidos en dicho documento. La dirección que la Corte adopte al respecto estará sin duda guiada por la doctrina establecida en la sentencia sobre excepciones preliminares del caso Las Palmeras (v. Colombia). Allí, sostuvo que sólo aplicaría de manera directa normas contenidas en tratados interamericanos que le atribuyeran competencia para ello⁶⁴. A la luz de dicho precedente, no es clara la circunstancia de si el artículo 29 d) de la Convención⁶⁵, el carácter basal de la Declaración en el sistema y su relación con la Carta de la OEA -o el propio Estatuto de la Comisión (elaborado por los Estados y aprobado en Asamblea General)-, bastarían para que la Corte establezca de manera explícita o implícita una atribución para la determinación de responsabilidades por la violación de los derechos consagrados en la Declaración. La cuestión fue presentada por el Estado en la etapa de excepciones preliminares del caso Cantos (v. Argentina) pero no fue resuelta por la Corte en esa etapa ni fue retomada en la etapa de fondo al entender que se solicitaba la aplicación de la DADDH exclusivamente respecto de hechos anteriores a la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por Argentina⁶⁶.

166

En virtud de la relativa incertidumbre que existe respecto del valor jurídico de la Declaración Americana y de la discusión que se generó en torno a ello, varios Estados se encuentran persuadidos de que la Declaración no es un instrumento obligatorio, y por ende, consideran que los derechos sociales no están amparados por el sistema interamericano⁶⁷. Adicionalmente, aún cuando esta discusión no debería obstar al desarrollo del alcance de los derechos protegidos en la DADDH porque la Comisión podría trabajar en detalle el contenido de las obligaciones en este ámbito (como lo hacen sus pares en Naciones Unidas), en la práctica ello ha sido así.

64. Cfr. Corte IDH, Caso Las Palmeras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párrafos 32/33.
65. Dicha disposición reza: "Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:... 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".
66. Cfr. Corte IDH, Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C, No. 97, párrafo 48.
67. Cfr. con la posición del Estado de Argentina en las excepciones preliminares del caso Cantos (v. Argentina).

Por su parte, a la espera de mayor claridad en la definición de este tema, las víctimas y abogados/as litigantes en el sistema realizan una doble apuesta al requerir la aplicación autónoma de normas de la Declaración a la vez que utilizan esta normativa como instrumento interpretativo del artículo 26 de la Convención Americana y de otros derechos consagrados en tratados interamericanos como veremos más adelante.

c. La interpretación del artículo 26 de la Convención Americana

Otra herramienta de que disponen tanto la Comisión como la Corte para tutelar los derechos amparados en la DADDH es la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana⁶⁸. Éste parece ser el camino adoptado por la Comisión en una serie de casos recientes.

Como sabemos, el Capítulo III, dedicado a los DESC, de la Convención Americana consta de un único artículo que reza:

“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 Estados Americano, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

167

La Convención Americana no es un instrumento destinado particularmente a la protección de los derechos sociales; ello se deduce de los debates de la Convención Americana, así como de la existencia misma del Protocolo de San Salvador⁶⁹. En cambio, ella ha optado por incluir una cláusula de protección genérica de los derechos sociales en

68. Ella provee una vía para zanjar las dificultades que representa declarar violaciones autónomas a la DADDH.
69. Su preámbulo declara: “Teniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de las personas, el régimen democrático representativo de gobierno así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales...”. Véase asimismo, *ut supra* sección II. Consideraciones generales sobre la protección de los derechos económicos sociales y culturales en el sistema interamericano. a. Marco normativo; y Cecilia Medina Quiroga, *The battle of Human Rights: Gross, systematic violations and the Inter-American system*; Martinhus Nijhoff, 1988.

su artículo 26. Una interpretación razonable del tratado exige otorgarle un contenido determinado de modo de no hacer nugatorio el derecho, a la par de establecer pautas para esclarecer: si el artículo 26 puede ser reclamado mediante el procedimiento contencioso, cuáles son aquellos derechos que están incluidos y aquéllos que exceden la protección brindada por dicha norma convencional, y en qué medida están amparados los derechos sociales.

La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana han dado por supuesto en sus decisiones que el artículo 26 puede reclamarse por la vía contenciosa. Si bien esta posición no es obvia de una lectura simple de la Convención Americana y su posición dentro de la arquitectura normativa del sistema interamericano; la posición de los órganos del sistema se sustenta probablemente en los artículos 44 y 48 de la Convención Americana que hacen referencia a la posibilidad de presentar peticiones relativas a quejas de violaciones a los derechos protegidos en la Convención sin distinguir aquellos incluidos en el Capítulo II sobre Derechos Civiles y Políticos de los amparados en el Capítulo III sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷⁰.

La Comisión ha avanzado en los últimos años en su interpretación del artículo 26 de la Convención Americana de modo de definir el contenido mínimo de los derechos sociales protegidos por este tratado a través de la incorporación de las normas de la Declaración y del Protocolo de San Salvador en el marco convencional.

168

Por ejemplo, en el caso de Cinco Pensionistas (v. Perú), la Comisión sostuvo que el artículo XVI de la Declaración Americana (que consagra el derecho a la seguridad social), puede ser utilizado para interpretar el alcance del derecho contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana⁷¹. Por otra parte, tuvo en cuenta en la interpretación del artículo 26 las normas de progresividad plasmadas en la letra del artículo así como en el Protocolo de San Salvador, en sus artículos 2º y 9º (en este último se consagra el derecho a la seguridad social)⁷². Asimismo, las Observaciones generales del

70. Aún sin negar las obligaciones estatales que surgen de la letra del artículo 26 una interpretación restrictiva de la arquitectura normativa del sistema podría devenir en un desconocimiento de la aplicación de los mecanismos contenciosos para el tratamiento del tema.

71. Cfr., Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrafo 142. Similar criterio adoptó en CIDH, Informe N° 100/01, “Milton García Fajardo y otros”, caso 11.381, del 11 de octubre de 2001, párrafos 96/101.

72. Cfr., Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas”. Cit., párrafo 142. También en CIDH, Informe N°29/01. Cit., párrafo 35.

Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷³, han informado los criterios de la Comisión para extender el alcance de la obligación de progresividad exigida por la Convención en su artículo 26⁷⁴. La interpretación adelantada por la Comisión ha tenido especialmente en cuenta la obligación de progresividad que la Convención exige en la protección de los derechos sociales⁷⁵. Así, la Comisión y los representantes de las víctimas señalaron la obligación de progresividad⁷⁶, añadiendo al test la inversión de la carga de la prueba, que requiere que el Estado justifique la medida regresiva; ello en la misma línea que lo sostenido por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación general No.3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)⁷⁷. La Corte hizo referencia a la misma Observación general No. 3 en su resolución pero puso énfasis en la necesidad de evaluar el desarrollo progresivo del derecho a la seguridad social y a la pensión sobre el conjunto de la población y desestimó la solicitud de pronunciamiento sobre este punto⁷⁸.

73. Véase, particularmente, U.N. Doc. E/1991/23, Comité DESC, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, párrafo 9. En este comentario se establecen estándares respecto del respeto y garantía de los derechos sociales.

74. Cfr., en este sentido, los argumentos vertidos por la Comisión en Caso “Cinco Pensionistas”. Cit.

75. Particularmente interesante resulta la visión del juez Piza Escalante, quien al respecto sostiene: “el principio de que los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres éstos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, a mi juicio convertida en derecho legislado por los artículos 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia”. Además, Piza Escalante no encuentra una diferencia tajante entre los derechos civiles y políticos y los DESC; consecuentemente, afirma que “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)...” Véase Voto Separado del juez Rodolfo E. Piza Escalante, Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Cit., párrafos 3 y 6.

76. Estos últimos señalaron que la obligación de progresividad es correlativa a la prohibición de tomar medidas regresivas. Cfr. Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas”. Cit., párrafo 143.

77. Cfr. Comité DESC, Observación General No. 3. Cit., en particular párrafos 9 y 10.

78. Cfr., Caso “Cinco Pensionistas”. Cit., párrafos 147 y 148.

Los órganos del sistema no han explicitado suficientemente las pautas a utilizar para determinar cuáles son los derechos sociales protegidos en virtud de la Carta de la OEA (como requiere el texto mismo del artículo 26) y cuál es su alcance⁷⁹. Una de las vías posibles para dar contenido a los derechos protegidos es acudir a la interpretación de la Declaración adelantada por la Corte en la Opinión Consultiva 10, en la que afirmó que la Declaración Americana determina los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA⁸⁰. Esta solución es sencilla: el artículo 26 se remite a los derechos contenidos en la Carta que a su vez se plasman en la DADDH. Sin embargo, los derechos receptados en la Carta tienen menor alcance que aquellos plasmados en el instrumento basal del sistema⁸¹. Más aún, los derechos que se derivan de la Carta pueden exceder a aquéllos que estén explícitamente reconocidos como derechos en dicho instrumento.

Otra vía para dar contenido a las obligaciones sociales establecidas en el artículo 26 de la CADH es aplicar los métodos interpretativos que se han utilizado para establecer el alcance de las garantías de protección especial de los/as niños/as (artículo 19 de la CADH). El artículo 26 de la CADH, de modo similar a su artículo 19, constituye un paraguas bajo el cual se amparan una serie de derechos específicos. La Comisión y los representantes de las víctimas han tenido especialmente en cuenta las técnicas interpretativas del artículo 19 al desarrollar el alcance de la obligación de tutela progresiva de los DESC. En ese sentido, el método hermenéutico utilizado por la Corte tanto en el caso Villagrán Morales como en la Opinión Consultiva 17 exigió utilizar de manera primordial las disposiciones específicas sobre la temática: la Convención de los Derechos del Niño⁸². Así por ejemplo, en el caso Villagrán Morales, ha sostenido inequívocamente su competencia para utilizar instrumentos de carácter universal –en el caso, se refiere concretamente a la CDN- “para fijar el contenido y los alcances de la

79. Cfr., Tara Melish, cit. -particularmente, el capítulo 8. Melish distingue dos tipos de obligaciones que se derivan del artículo 26: en primer lugar, una obligación de progresividad que abarca tanto los DESC como los civiles y políticos; y en segundo lugar, una determinación de los derechos protegidos. Cfr. p. 335 y ss.

80. Cfr. 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. Cit., párrafo 45. En este sentido, la Corte afirmó: “[p]ara los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta”. En este mismo sentido, Tara Melish, op. cit. Julieta Rossi y Víctor Abramovich critican esta posición en su artículo “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” en prensa en el: “Manual Derecho Internacional de los Derechos Humanos” Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzón y José Antonio Guevara, Editorial Fontamara, México, 2003.

81. Cfr. Carta de la OEA; en particular, Capítulo 7.

82. En adelante, CDN.

disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”⁸³. Adicionalmente, la Corte utilizó normas de *soft law* como las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, para definir el término “niño”; respecto del principio “interés superior del niño”, para precisarlo se recurrió a la Declaración de los Derechos del Niño y a la CDN; por otra parte, al momento de definir “familia”, la Corte se hizo eco de la definición incluida en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo Social y a la que de ella da el Tribunal Europeo. Por lo demás, la Corte apeló a los *travaux préparatoires* de la CDN y a su preámbulo, a otros derechos consagrados en la misma Convención Americana y en otros instrumentos internacionales, a los pronunciamientos de otros órganos regionales y universales de protección (v. gr., Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos del Niño, TEDH)⁸⁴. La selección de las declaraciones y principios no vinculantes no fue azarosa sino que se hiló con obligaciones básicas que surgieron de la interpretación del tratado específico.

Esta técnica aplicada al artículo 26 permitiría integrar un sinnúmero de obligaciones internacionales de carácter social -tanto interamericanas como universales-, haciéndolas, de este modo, vinculantes por su estatus de obligación contractual. Ello requeriría, en primer lugar, definir las obligaciones sociales protegidas por la Carta. En segundo lugar, sería necesario utilizar los tratados de contenido específico para la determinación del alcance de los derechos identificados a través del primer test. Adicionalmente, los órganos del sistema podrían utilizar pautas de instrumentos no vinculantes -como pueden ser algunos de los desarrollos del Comité DESC-, a fin de nutrir la interpretación de esta norma dando mayor especificidad a los derechos protegidos.

171

Sin embargo, ¿cómo compatibilizamos ambas resoluciones del contenido y alcance de los derechos protegidos en el artículo 26 con la respuesta a la protección de los derechos sociales dada por el Protocolo de San Salvador? Aquél, que es posterior a la DADDH y la Convención Americana, ha reducido los mecanismos de supervisión, por la vía de la petición individual, a ciertos derechos⁸⁵. El interrogante que se plantea entonces es si es posible defender a través de la jurisdicción contenciosa interamericana cada uno de los derechos protegidos en el PSS por la vía artículo 26 de la Convención Americana. Sobre este aspecto la Corte se ha pronunciado en el caso Ricardo Baena y otros (v. Panamá). La Corte advirtió que si bien su competencia contenciosa se circunscribe a los derechos consagrados en la

83. Corte IDH, Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros). Cit., párrafo 194.

84. Cfr. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cit., párrafo 38 y sigs.

85. Concretamente, al derecho a la educación y a algunos aspectos de los derechos sindicales (cfr., artículo 19, inciso 6, Protocolo de San Salvador).

Convención Americana y en otros tratados que le atribuyan tal competencia, parece proponer que por aplicación del principio de derecho internacional general “los Estados tienen el deber de cumplir de buena fe (*pacta sunt servanda*) los instrumentos internacionales por ellos ratificados, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), así como de abstenerse de realizar actos contrarios al objeto y fin de dichos instrumentos, incluso desde el momento de la firma del tratado... Este último deber, consagrado en el artículo 18 de la referida Convención de Viena, se aplica al Protocolo de San Salvador. Observa la Corte, además, que dicho Protocolo inclusive le otorga competencia a este Tribunal en determinados supuestos”⁸⁶. Sin embargo, en la medida que ello ocurre sólo respecto a dos derechos protegidos en el PSS, la jurisprudencia de la Corte podría sugerir una respuesta restrictiva a la integración de los derechos amparados en el PSS por la vía del artículo 26. Una vía para compatibilizar la existencia de estos instrumentos dando una interpretación diferenciada puede ser el establecer que aquellos derechos protegidos en la Carta de la OEA que tengan un contenido a amplio en el PSS pueden considerarse protegidos en su mínimo fundamental (“core content”) en la medida que el Estado no haya ratificado el Protocolo o no exista un mecanismo para la justiciabilidad internacional de los mismos en el PSS.

Por otra parte, de acuerdo a lo establecido en la propia Convención Americana (en su preámbulo y en el artículo 29.d), siempre se podrá dar contenido a los derechos sociales protegidos a través de otros tratados de derechos humanos que se ocupan de ellos y de la interpretación de la DADDH⁸⁷. El fallo del caso Cinco Pensionistas no

86. Cfr. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cít., párrafos 97 y 98.

87. De hecho la directriz hermenéutica derivada del artículo 29.d es una claro ejemplo de que la Declaración Americana no sólo es vinculante respecto de los Estados miembros de la OEA. Esta afirmación se corrobora con las conclusiones a las que la Corte arriba en la Opinión Consultiva 10: “para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales... Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA... La circunstancia de que la 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”. Cfr. 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. Cít., párrafos 45/47.

avanzó en la determinación de los derechos incluidos y su alcance; en realidad, es posible sostener que la Corte falla restrictivamente al tratar el derecho a pensión como un derecho tutelable en virtud de la garantía de justicia del artículo 25 de la CADH y del derecho de propiedad receptado en el artículo 21 de la misma, sin hacer referencia alguna al derecho a la seguridad social consagrado por la DADHD.

Recapitulando, es posible sostener que la doctrina de la Comisión sobre el alcance del artículo 26 no está lo suficientemente desarrollada. Al respecto cabe señalar que la dirección escogida augura novedosos y prometedores enfoques que ampliarían el contenido de los derechos sociales en el ámbito interamericano; sin embargo, vale advertir que la falta de determinación respecto de la definición de los derechos que estarían abarcados por tal disposición y del principio de progresividad que deberían respetar los Estados en relación con aquéllos tiene la desventaja de generar incertidumbre respecto de su exigibilidad, así como inquietud -principalmente por parte de algunos Estados- sobre un posible activismo judicial extra-convencional. Es por ello que es preciso utilizar las herramientas disponibles de modo de no negarle un contenido específico, ser consistente con una interpretación dinámica y pro persona de la Convención, sin violentar los límites de su alcance.

Como conclusión de este acápite, deseo señalar que el esclarecimiento del valor y contenido de los derechos sociales en la Declaración Americana y del alcance del artículo 26 de la CADH influirá evidentemente en la capacidad de todos los actores del sistema de utilizar el potencial de dicho instrumento en dicha área. Desde la perspectiva del/la litigante es crucial tener en cuenta las dificultades ya señaladas en la utilización de la Declaración Americana y de la Obligación de Desarrollo Progresivo de los DESC (artículo 26). Por ello que se hace menester complementar, cuando sea posible, cualquier alegato basado en la DADHD con las referencias necesarias a los artículos de las convenciones interamericanas en vigor así como sustentar los alegatos sobre violaciones a DESC vía artículo 26 con su correlato en el desarrollo de violaciones de otras disposiciones convencionales cuando ello sea posible. A continuación nos referiremos a esta última vía.

173

2. Las vías indirectas

A la luz de la jurisprudencia del sistema interamericano, la protección de los derechos sociales a través de vías indirectas es, sin lugar a dudas, una de las áreas de mayor potencial en la arena regional. La protección de los derechos sociales a través de la interpretación de los derechos consagrados en la Convención Americana y otros tratados interamericanos brinda la posibilidad de optar por una estrategia basada fundamentalmente en conceptos y derechos con los que los Estados, los órganos del sistema y los/las mismos/as representantes de las víctimas están más familiarizados. Profundizar en esta línea tiene

adicionalmente la ventaja de la experiencia y la legitimidad de desarrollos que en el mismo sentido realizará el sistema europeo⁸⁸.

A fin de ordenar las estrategias posibles en este ámbito voy a sugerir tres caminos. Una primera vía para la protección de estos derechos consiste en la interpretación comprensiva de un derecho civil y político⁸⁹; una segunda vía propone atacar la arbitrariedad de ciertas decisiones a través de violaciones a las garantías del debido proceso o falta de tutela judicial efectiva de los derechos⁹⁰; y finalmente, una tercera vía consiste en identificar actos, prácticas o políticas discriminatorias que afecten el goce de un derecho social⁹¹.

88. Véase, por ejemplo, la jurisprudencia del TEDH sobre obligaciones positivas para la protección del derecho a la vida, el derecho a la privacidad y el derecho de acceso a la justicia. Entre otros, *Case of Airey (v. Ireland)*, Judgment of 11 September 1979, párrafo 26; *Case López Ostra (v. Spain)*, Judgment of 23 November 1994, párrafo 51; *Case Aksoy (v. Turkey)*, Judgment of 28 November 1996, párrafo 98.

89. En este sentido, la Corte ha señalado en el caso Villagrán Morales que “el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisito de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho 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. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. Cfr., Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros). Cit., párrafo 144. Por su parte, el Comité DESC tiene dicho que “[e]l derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos... en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación” [...] “El derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano” (Comité DESC, Observación general N° 14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)”. Cit., párrafos 3º y 4º).

90. En el caso Baena, la Corte protegió el derecho al trabajo y otros derechos sociales a través de la tutela consagrada en los artículos 8 y 25 de la Convención. Así, sostuvo: “[n]o escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, 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”. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafo 134. También cabe mencionar el criterio de la Corte en el caso de Cinco Pensionistas. En dicho precedente, entendió que la no ejecución por parte del Estado de una sentencia favorable a las víctimas suponía incurrir en violaciones al derecho de propiedad y a la protección judicial. Cfr. Caso “Cinco Pensionistas”. Cit., párrafo 138.

91. CIDH, Informe N°4/01, cit. En este caso se protegió los derechos de la peticionaria a igual protección, al respeto por su vida familiar y al respeto por su vida privada establecidos en los artículos 24, 17 y 11, CADH, respectivamente.

a. Interpretación comprensiva de los derechos civiles y políticos

La interpretación comprensiva de los derechos civiles y políticos de modo de integrar la tutela de derechos sociales es una de las técnicas más promisorias de desarrollo de los DESC. Como sostuvimos más arriba, ésta cuenta con desarrollos similares en el sistema europeo. La generosidad de los criterios de interpretación de los derechos, establecidos en la Convención Americana y desarrollados en la práctica de los órganos convencionales facilita la utilización de esta técnica comprensiva. Así, en primer lugar, la utilización generosa del principio *pro personae* (o *pro homine*); en segundo lugar, la integración de normas de carácter universal e interamericano (tratados y *soft law*) en la interpretación de los derechos protegidos, tal como lo hemos desarrollado en el acápite anterior; y en tercer lugar, el desarrollo respecto de la exigibilidad de obligaciones positivas para satisfacer los derechos civiles y políticos.

El principio *pro personae*, que alude a la regla de la aplicación de la cláusula más favorable para el individuo⁹², establece que “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 cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. [...] Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos”⁹³. Adicionalmente, este principio hermenéutico se alimenta de la práctica de los órganos del sistema que han recurrido en varias oportunidades a otros tratados e instrumentos interamericanos e internacionales a fin de interpretar las obligaciones del Estado. Esto ha permitido la judicialización, en el ámbito interamericano, de derechos

92. Esta cláusula se incluye en la mayoría de los tratados sobre derechos humanos (artículo 5º, PIDCP; artículo 5º, PIDESC; artículo 1.1. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; artículo 41, CDN). Particularmente en la Convención Americana, se encuentra en el artículo 29.

93. Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

reconocidos de manera más específica en el ámbito interamericano y universal⁹⁴. Como lo señalamos en el capítulo anterior, no obstante que esta técnica interpretativa tiene ventajas considerables, debe reconocerse que también presenta ciertas limitaciones.

Asimismo, tanto la Comisión como la Corte Interamericanas han desarrollado, en algunas áreas temáticas, las obligaciones positivas que se derivan de los derechos protegidos en el sistema interamericano⁹⁵. Así, en un fallo reciente la Corte sostuvo que “los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción”⁹⁶; ello comprende desde organizar el aparato gubernamental⁹⁷ hasta emitir leyes⁹⁸, remover obstáculos⁹⁹ e investigar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos protegidos¹⁰⁰. Ambos órganos, han realizado un análisis comprensivo de algunos de los derechos protegidos en la Convención invocando la obligación de garantía; en ocasiones, haciendo referencia explícita a la jurisprudencia europea en el mismo sentido¹⁰¹. Sin embargo, ni la Comisión ni la Corte han sido completamente consistentes en el desarrollo de los derechos, los criterios de interpretación a utilizar y la aplicación de las obligaciones positivas. Así, dadas las circunstancias fácticas, las alegaciones de las partes y la doctrina del sistema, la mayor parte de los derechos protegidos han sido interpretados usualmente a partir las obligaciones negativas (de omitir

94. Corte IDH, Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros). Cit., párrafos 192/195. Véase, asimismo, en El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debito Proceso Legal. Cit., párrafo 114.
95. A modo de ejemplo, véanse CIDH, Informe N°100/01. Cit., párrafo 90; Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cit., párrafo 87, 88 y 91.
96. Cfr. Corte IDH, Caso Cantos. Cit., párrafo 49.
97. Cfr. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 26 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 166.
98. Cfr. Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Cit., párrafo 138. Véase también Caso Caracazo. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95.
99. Cfr. Corte IDH, Caso Cantos. Cit., párrafo 49.
100. Cfr. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrafo 201. Allí la Corte sostuvo que la víctima o sus familiares tienen derecho “a 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 que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”. Por otra parte, entendió el derecho a la verdad como una “obligación positiva -que recae sobre el Estado- de garantizar información esencial para preservar los derechos de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos” (Corte IDH, Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrafo 45).

101. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cit., párrafos 87/91.

conductas) que se derivan de los mismos¹⁰². Debe advertirse, sin embargo, un interesante paso dado por la Corte en el caso Cinco Pensionistas en el que establece la violación al artículo 2 de la Convención Americana por parte del Estado peruano por no haber dispuesto por un largo período de tiempo las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los órganos jurisdiccionales y de este modo hacer efectivos los derechos de las víctimas a la protección judicial y a la propiedad¹⁰³.

A fin de ilustrar la interpretación comprensiva de los derechos y su potencial, realizaré un desarrollo sucinto de la doctrina que ha emanado de los órganos interamericanos en relación con el derecho a la vida, en ese sentido¹⁰⁴; a continuación me referiré a la jurisprudencia europea que respalda esta estrategia de interpretación. Por último, expondré algunos de los casos pendientes en el sistema interamericano que esgrimen dicha técnica.

En el sistema interamericano, el derecho a la vida, tal como lo han interpretado tanto la CIDH como la Corte, exige cierta garantía respecto de la salud de las personas. Un caso paradigmático del tratamiento de las obligaciones positivas del Estado para la protección del derecho a la vida ante la CIDH es el de Víctor Rosario Congo (v. Ecuador). Aquí la Comisión sostiene que mantener a una persona bajo custodia enferma y sin tratamiento médico constituye una violación del derecho a la integridad personal, y que la omisión de brindarle las medidas necesarias de acuerdo a las características de la persona -en el caso concreto, asistencia médica, cuidados vitales y asistencia psicológica- infringe los derechos a la salud y la vida¹⁰⁵. Al establecer la

102. Así, por ejemplo, en la reciente decisión en el caso de Las Palmeras (v. Colombia), la Corte estimó que si bien se atentó contra el derecho a la vida de las víctimas por acciones de los agentes estatales, no se entendió que en el caso el derecho de aquéllas haya sido afectado por la falta de investigación para dilucidar la autoría de los crímenes. De este modo, no hizo lugar al planteo de la Comisión que sostenía que "el hecho mismo de no haberse efectuado una investigación profunda, efectiva e imparcial de los hechos, según lo establecido en distintos artículos de la Convención Americana, viola la obligación afirmativa del Estado de asegurar y proteger el derecho a la vida. Ello en virtud de que la protección de este derecho no se limita únicamente al momento de la fatalidad, sino que el Estado debe proveer un procedimiento *ex post facto* para establecer que los hechos que rodean un asesinato perpetrado por sus agentes no han sido cometidos por los mismos". Corte IDH, Caso "Las Palmeras". Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párrafo 42.

103. Cfr., Caso "Cinco Pensionistas". Cit., párrafo 167.

104. Este desarrollo no pretende agotar el alcance de ambos derechos sino sólo utilizar algunos casos ejemplares para ilustrar la técnica utilizada por los órganos convencionales. Esta interpretación comprensiva ha sido también aplicada a otros derechos protegidos convencionalmente como la protección integral de la niñez, la integridad física y la propiedad. Véanse en ese sentido, CIDH, Informe N°63/99. Cit.; Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Cit.

105. Cfr. CIDH, Informe N°63/99. Cit., párrafos 65, 68 y 73 a 84.

responsabilidad del Estado, la CIDH se refiere de manera expresa a la violación del derecho a la vida; no así al derecho a la salud¹⁰⁶. Otro caso interesante es el de los yanomami (v. Brasil); en éste la Comisión establece la violación del derecho a la vida de los yanomami por la falta de adopción de medidas oportunas y eficaces de garantía de sus derechos (violación al derecho a la vida por omisión) y, a modo de reparación, establece que el Estado debe adoptar medidas de carácter sanitario preventivo y curativo, a fin de proteger la vida y la salud de los yanomami; además, se dispone que para asegurar el derecho de propiedad de los aborígenes el Estado debe delimitar el territorio sobre el que aquéllos pueden ejercer libremente su derecho. También establece una obligación según la cual las medidas educativas, de protección médica y de “integración social” (sic) sean llevadas a cabo en consulta con la comunidad.¹⁰⁷

Por su parte, la Honorable Corte ha tratado el derecho a la vida de manera amplia recientemente, al interpretarlo a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, como comprensivo del derecho a una vida digna, a la salud y a la educación. A fin de profundizar el contenido del derecho a una vida digna, desde una visión integral de los derechos humanos, la Corte hizo uso de la normativa universal: la CDN, los principios consagrados en la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994), la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) y la Declaración de los Derechos del Niño (1959). A partir de ellos concluye que: “la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños”; en ese mismo sentido falló la Corte en el caso Villagrán Morales (v. Guatemala)¹⁰⁸.

178

Estas interpretaciones comprensivas del derecho a la vida se nutren de la doctrina de las obligaciones positivas donde la infracción de agentes estatales se da por la omisión de actuar en amparo de los derechos. La jurisprudencia del Tribunal Europeo es prolífica en el desarrollo de esta área; ella se ha desarrollado en relación con todos los derechos protegidos en el Convenio Europeo de Derechos y Libertades

106. Cfr. CIDH, Informe N°63/99. Cit., párrafo 84. En contraste con la doctrina de este caso, en la decisión sobre la admisibilidad del caso Odír Miranda (v. El Salvador), la CIDH difirió la discusión del asunto a la decisión sobre el fondo. Cfr. CIDH, Informe N°29/01. Cit., párrafo 46.

107. Cfr. CIDH, Resolución N°12/85. Cit., puntos primero y tercero del resolutorio.

108. Cfr. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cit., párrafo 86. En el mismo sentido, véanse párrafos 144/145 de Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros). Cit.

Fundamentales¹⁰⁹, tanto respecto de las obligaciones de regulación de las relaciones entre particulares como entre éstos y los actores estatales¹¹⁰. Su alcance varía teniendo en cuenta una serie de criterios que comprenden: el modo en el que está regulado el derecho, la práctica del Estado en situaciones similares, las prácticas en otros países europeos, los cambios científicos y de costumbres y actitudes en los países, etc.¹¹¹. Por ejemplo, en el caso LCB (v. Reino Unido) se determinó la violación al derecho a la vida por la afectación del medio ambiente¹¹²; en el caso de X e Y (v. Países Bajos) se estableció la responsabilidad del Estado por la falta de una legislación adecuada que permita proteger la integridad física y psicológica de una mujer violada¹¹³. Por otra parte, en el caso de López Ostra (v. España), el Tribunal Europeo estableció una violación a la vida privada por el riesgo a la salud; esta interferencia en la vida privada de los peticionarios se imputó al Estado por el hecho de que no tomó los pasos oportunos y efectivos para fiscalizar y, en caso necesario, clausurar una planta de tratamiento de basura que operaba de manera ilegal en el territorio español¹¹⁴. En el caso de Mentes (v. Turquía), por su parte, el Tribunal estableció una violación al derecho a la vida privada por la destrucción de las casas de las víctimas¹¹⁵.

A partir de estos casos ejemplificadores podemos advertir cómo el desarrollo de la obligación de garantía y las técnicas de interpretación establecidas convencionalmente respecto de los derechos protegidos en los tratados interamericanos brindan un importante espacio para incluir y amparar los derechos sociales. En una serie de casos pendientes actualmente ante la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, varios/as defensores/as de derechos humanos y ONGs hemos utilizado como estrategia la de litigar de manera integral violaciones a los derechos civiles y a los derechos sociales. A continuación enumeraré algunos de aquellos casos.

179

En el caso A. y otros (v. Chile), se trata la falta oportuna de acceso al tratamiento médico del VIH/SIDA como una violación al derecho a la

109. En adelante, Convenio Europeo o CEDH.

110. Para un análisis pormenorizado, véase Simor and Emmerson, *Human Rights Practice*, Sweet and Maxwell, Londres, 2001, p. 1015.

111. Para una exposición de los casos en que el TEDH ha aplicado estos criterios, véase Simor and Emmerson, *Human Rights Practice*, cit., p. 1011.

112. Cfr. TEDH, Case of L. C. B. (v. United Kingdom), Judgment of 9 June 1998.

113. Cfr. TEDH, Case of X and Y (v. The Netherlands), Judgment of 26 March 1985; en particular, párrafos 23, 27 y 30.

114. Cfr. TEDH, Case of López Ostra (v. España). Cit., párrafos 54/58.

115. Cfr. TEDH, Case of Mentes and Others (v. Turkey), Judgment of 28 November 1997, párrafos 73, 89, 90 y 93.

vida y a la igualdad ante la ley. El caso M.A.P. (v. Bolivia) -que versa sobre una violación sexual-, el tratamiento médico psiquiátrico inadecuado dispensado a la víctima y las violaciones a las garantías del debido proceso, entre otras, se alegan como violaciones a la integridad personal, a la igualdad ante la ley, a las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva. Otro caso interesante es el de José Pereira, que trata el sometimiento de la víctima al trabajo esclavo y el grave daño a la integridad que sufrió aquél en ocasión de su fuga. Los derechos reclamados son la protección especial debida a los niños, la integridad personal y las garantías judiciales. Uno de los objetivos centrales del caso es, junto con la reparación individual de la víctima, lograr cambios en la legislación y la política brasileña para enfrentar el flagelo del trabajo esclavo. En Marina M. y en Mamérita M. –ambos versus Perú-, se trata respectivamente de la violación sexual y de la esterilización forzosa de dos mujeres indígenas peruanas. Estos hechos han sido alegados como violaciones a una serie de derechos civiles y políticos -como la integridad, la vida, las garantías del debido proceso y la tutela efectiva-, y las respectivas presentaciones incluyen en su trámite la solicitud de reparar las violaciones a través de cambios importantes en las políticas de salud a nivel legislativo y de diseño e implementación de políticas públicas.

b. Debido proceso y tutela efectiva de los derechos protegidos

180

b.1. Las garantías del debido proceso

Las garantías del debido proceso constituyen límites que impone el derecho a la discrecionalidad y arbitrariedad de los órganos del Estado -particularmente, a la administración de justicia-, en el ámbito de un proceso. El sistema interamericano reconoce estas garantías de modo expreso primordialmente en el artículo 8º de la Convención Americana, que señala que:

“1.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.

2.Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

- b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

Al interpretar este artículo, la Corte Interamericana ha establecido que tanto el artículo 8° como el artículo 25 de la CADH, protegen de manera genérica el acceso a la justicia¹¹⁶. Respecto al alcance de las obligaciones que surgen del artículo 8°, la Corte ha afirmado que las garantías del debido proceso comprenden todo tipo de proceso judicial; esto es, no sólo en el proceso penal sino también en aquellos de carácter laboral, previsional, administrativo, etc.

181

Además, la Corte ha extendido el reconocimiento de tales garantías a los procedimientos de carácter administrativo¹¹⁷. Sin duda, las garantías reconocidas en el artículo 8° de la CADH son indispensables para la tutela efectiva y oportuna de derechos fundamentales -tales como la salud, la educación y el trabajo-, que en ocasiones exigen un reclamo de carácter administrativo previo. Así, en el caso Baena, la Corte Interamericana ha sostenido que las garantías del debido proceso son

116. Cfr. Corte IDH, Caso Cantos. Cit., párrafos 50 y 52.

117. El reconocimiento de la aplicabilidad de las garantías del debido proceso en este tipo de procesos ha permitido un avance respecto a su par europeo. Ello en tanto el Tribunal Europeo permite la aplicación de un rango más restringido de garantías en la medida que se provea un remedio judicial a los derechos protegidos.

aquellos requisitos necesarios en una instancia procesal a fin de que las personas puedan defender sus derechos frente a cualquier tipo de acto del Estado que las afecte. Esto incluye cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un procedimiento administrativo o disciplinario o en cualquier proceso jurisdiccional¹¹⁸. Dado el objeto del litigio, en el caso en cuestión la Corte fue enfática en señalar 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. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”¹¹⁹.

Adicionalmente, la Corte ha extendido el alcance de las garantías del debido proceso a los procesos que no son de carácter penal –como por ejemplo el proceso laboral, contencioso-administrativo, civil–, estableciendo que éstas van más allá de aquel elenco de garantías mínimas establecidas en el inciso primero del artículo (esto es, la garantía de independencia y de imparcialidad del tribunal, el derecho a ser oído sin demora, etc.) y que comprenden, asimismo, a las garantías establecidas en el numeral 2 del mismo artículo –como por ejemplo, el derecho de defensa¹²⁰. Específicamente, respecto del proceso laboral, la Corte ha advertido acerca del amplio margen de discrecionalidad que el derecho laboral comparado asigna a la regulación de la función pública. Así, sin desconocer cierta discrecionalidad para remover personal por necesidades del servicio¹²¹, también ha extendido la

118. “Si bien el artículo 8º de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal [...]. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención 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; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes”. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafos 124/125. En el mismo sentido en Caso Ivcher Bronstein. Cit., párrafo 103.

119. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafo 127.

120. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafo 125.

121. En este sentido sostuvo: “al respecto es importante distinguir entre las facultades discrecionales de que podrían disponer los gobiernos para remover personal en función estricta de las necesidades del servicio público, y las atribuciones relacionadas con el poder sancionatorio, porque estas últimas sólo pueden ser ejercidas con sujeción al debido proceso”. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafo 131.

protección de las garantías del debido proceso a los procesos o procedimientos laborales. En este sentido, la Corte ha sostenido que “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”¹²².

Asimismo, en el ámbito laboral fue crucial para la protección de los derechos de este carácter que la Corte haya establecido la aplicabilidad de las garantías del debido proceso a los procedimientos de carácter disciplinario. En este sentido, la Corte, con cita de precedentes europeos, afirmó: “la justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso”¹²³.

Entre los requisitos con los que debe contar un proceso para ser compatible con la Convención se destacan el “derecho de toda persona 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...”¹²⁴.

183

Respecto de la garantía de imparcialidad e independencia de los magistrados, podemos afirmar que ésta se menoscaba cuando el órgano decisor se encuentra de alguna manera comprometido con los intereses de las partes en la controversia, circunstancia que indica la falta de objetividad necesaria de aquél frente a ésta. Su tratamiento, especialmente en el marco de denuncias sobre violaciones al juicio justo

122. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafo 126.

123. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafo 129. Los precedentes citados que abonan dicha afirmación son los siguientes: TEDH, Case of Campbell and Fell (v. United Kingdom), Judgment of 28 June 1984, párrafo 68; Case of Deweer (v. Belgium), Judgment of 27 February 1980, párrafo 49; y Case of Engel and others (v. The Netherlands), Judgment of 8 June 1976, párrafo 82.

124. Corte IDH, Caso Genie Lacayo. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párrafo 74. En este mismo sentido, en Caso Baena Ricardo y otros. Cit., párrafo 137.

y al acceso a la justicia, es profuso tanto en el sistema europeo como interamericano. En este sentido, la jurisprudencia del tribunal ha tratado tanto de limitar la parcialidad y la falta de independencia como la misma apariencia de parcialidad, porque como sostiene el adagio inglés: *"Justice must not only be done"¹²⁵. It must also be seen to be done"*. La Corte ha afirmado que "[...]os recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos"¹²⁶. La falta de independencia funcional, la parcialidad subjetiva u objetiva, el quiebre del principio de juez natural afectan estas garantías. Por lo demás, estas herramientas son fundamentales para la protección y defensa de todos los derechos, y en virtud de la arquitectura institucional de protección de algunos derechos sociales tienen especial relevancia en su tutela¹²⁷. A modo de ejemplo del impacto de esta garantía en la protección de los derechos sociales podemos señalar la falta de independencia del proceso de revisión judicial de las elecciones sindicales en el derecho mexicano¹²⁸.

Por otra parte, la demora injustificada en la determinación de los derechos sociales ha sido una de las armas utilizadas por la jurisprudencia europea en su defensa. Es preciso hacer notar que la Corte Interamericana ha entendido que constituye un supuesto de violación a la tutela de los derechos, en el marco del análisis del artículo 8°, la demora injustificada en la decisión de una controversia¹²⁹. Así, pues, estableció que "los recursos... resultarán ilusorios e ineffectivos, si durante la tramitación de éstos se incurre en un retardo injustificado de la decisión"¹³⁰. Por lo demás, para determinar la razonabilidad del plazo

125. TEDH, Case of Delcourt v. Belgium, Judgement of 17 January 1970, párrafo 31.

126. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein. Cit., párrafo 137.

127. Véase, particularmente, Corte IDH, Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69; Caso Bámaca Velásquez. Cit.; Caso Cesti Hurtado. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 65.

128. A modo de ejemplo, podemos mencionar los últimos procesos de elección de la representación sindical, que han sido seriamente cuestionados por algunas agrupaciones -como el Centro de Reflexión y Acción Laboral (CEREAL)- que denunciaron el fenómeno de los "sindicatos de membrete" (es decir, desconocidos por sus propios afiliados), como resultado de los acuerdos entre los líderes sindicales, los empresarios y las autoridades del trabajo, que contaron con la venia del Poder Judicial.

129. En el mismo se ha pronunciado la Comisión. Véase CIDH, Informe N°43/96, "General Gallardo, José Francisco", del 15 de octubre de 1996, párrafo 53.

130. Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrafo 93. En este mismo sentido, en caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Cit., párrafo 134.

de un proceso, con cita en su par europeo, estableció como criterios a considerar a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales¹³¹. Por otra parte, la razonabilidad del plazo de duración del proceso, por su vínculo con la naturaleza del objeto del litigio, debe ser considerada en relación con los derechos que se encuentran en juego; particularmente, los derechos que a nivel local tienen carácter alimentario (como las pensiones), así como con otros derechos que tienen un fuerte impacto sobre la salud o la calidad de vida de las personas (como el acceso a medicinas o un tratamiento médico, el cese de emisiones contaminantes, etc.). Un ejemplo de acciones en este sentido es el caso resuelto por el Tribunal Europeo en el que se sostuvo que un período de tiempo de más de dos años para resolver la compensación de un hemofílico contaminado de SIDA en un hospital del estado violaba la garantía de tener un juicio justo en un tiempo razonable¹³².

b.2. La tutela efectiva de los derechos

El sistema interamericano ha puesto especial énfasis en el deber de tutela efectiva de los derechos humanos, para la protección de aquellos derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico tanto interno como internacional, así como el establecimiento de procedimientos sumarios para la protección de los derechos fundamentales. De este modo, el artículo 25 de la Convención señala que:

“1. Toda 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 [...] Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

185

2. Los Estados Parte se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

131. Cfr., entre otros, Corte IDH, Caso Genie Lacayo. Cit., párrafo 77.

132. Cfr. TEDH, Case of X v. France, Judgment of 31 March 1992, párrafos 47/49.

La garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos es crucial en cada una de las áreas temáticas de interés del sistema interamericano. Respecto de los derechos sociales es fundamental en la medida que garantiza el acceso a la justicia para la protección de todos los derechos reconocidos a nivel convencional, constitucional o legal. De este modo permite la judicialización a nivel internacional de derechos protegidos a nivel interno exclusivamente¹³³; así, se incluyen derechos que no están previstos en tratados que atribuyan competencia a los órganos interamericanos para la defensa de los mismos (por ejemplo, el derecho a un medio ambiente sano).

La garantía de tutela judicial requiere el establecimiento de recursos que protejan los derechos sociales. Así, exige que exista un medio de reclamo judicial a nivel local para la tutela del derecho en cuestión. Por lo demás, es pivotal para la protección de ciertos derechos de carácter alimentario y de todos aquéllos que requieren una decisión expedita del órgano competente. A modo de ejemplo, podemos mencionar el pago de las pensiones y de las deudas laborales, el acceso a la insulina para un diabético o a la triterapia en determinadas etapas del tratamiento médico del VIH/Sida, etc.

También es de vital importancia para garantizar la efectiva tutela de los derechos sociales (no sólo en la determinación judicial de aquéllos sino también en la ejecución de las sentencias que en consecuencia se dicten). Ello cobra relevancia a la luz de la generalizada falta de ejecución de las sentencias que tutelan derechos laborales, pensionarios o relativos a la salud, por parte de los órganos administradores de la región¹³⁴. Ésta se debe en gran medida a los límites que los mismos ordenamientos jurídicos prevén para hacer efectiva la responsabilidad del Estado en ciertos procesos, convirtiéndose de tal manera dichas normas en un obstáculo para la vigencia real de los derechos amparados¹³⁵.

133. Cfr. Corte IDH, entre otros, Caso Cantos. Cit., párrafo 52; y Caso del Tribunal Constitucional. Cit., párrafo 89.

134. Tal circunstancia resulta ostensible en el litigio ante el sistema interamericano, pues en muchos casos luego de una resolución favorable a los peticionarios aquélla no es cumplida por el Estado vencido. Uno de los ejemplos paradigmáticos está dado por el incumplimiento sistemático de resoluciones de los órganos interamericanos por parte del Gobierno de Fujimori, en el Perú; a mayor abundamiento, véanse en Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros. Cumplimiento de sentencia. Resolución de 17 de noviembre de 1999. Serie C No. 59; y Caso Loayza Tamayo. Cumplimiento de sentencia. Resolución de 17 de noviembre de 1999. Serie C No. 60.

135. Véase, Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, donde los autores explican algunas de las diferencias en la ejecución de sentencias contra el Estado (p. 130).

A partir de la primera década de funcionamiento, la Honorable Corte desarrolló la doctrina de la tutela, en la que se advierte sobre la importancia de la existencia de recursos efectivos contra las violaciones a los derechos protegidos en la Convención¹³⁶. En la Opinión Consultiva 9, por ejemplo, se señala 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. Igualmente, este artículo en términos amplios la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas la personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”¹³⁷. Además, en dicha opinión consultiva se afirma que “[e]l artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos... según la Convención: los Estados Parte se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos”¹³⁸.

En su jurisprudencia posterior, la Corte ha reafirmado una y otra vez esta garantía de efectividad respecto de los recursos judiciales sosteniendo que la disposición de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes es uno de los elementos fundantes del Estado de derecho¹³⁹. Así concluyó que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos sociales reconocidos por la Convención constituyen una transgresión a ésta¹⁴⁰. Por lo demás, la Comisión ha limitado la capacidad del Estado de invocar la llamada

136. Cfr. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párrafo 90; Caso Fairén Garbi y Solís Corrales. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párrafo 90; Caso Godínez Cruz. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párrafo 92; Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cit., párrafo 24. Corte.

137. IDH, Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cit., párrafo 23.

138. Corte IDH, Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cit., párrafo 24.

139. Cfr. Corte IDH, Caso Castillo Páez. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrafo 82; Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párrafo 184; Caso Paniagua Morales y otros. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párrafo 164; Caso Cantos. Cit., párrafo 52.

140. Cfr. Corte, Caso Ivcher Bronstein. Cit., párrafo 136.

doctrina de las cuestiones políticas no justiciables a fin de excluir la justiciabilidad de un derecho¹⁴¹. Asimismo, la Corte ha reafirmado que si el recurso no es eficaz, pese a estar previsto en el ordenamiento legal e incluso poder reclamar ante la justicia, igualmente se transgrede la obligación de tutela establecida en el artículo 25 de la Convención Americana. En el caso Durand y Ugarte (v. Perú), por ejemplo, se entendió que si bien la legislación peruana preveía el instituto del Habeas Corpus -es decir, existía un recurso idóneo para esclarecer la desaparición de una persona-, en la práctica dicho recurso no era efectivo debido a los obstáculos colocados por parte del Estado¹⁴². En este mismo sentido ha fallado en otros casos en los que se presentaban circunstancias fácticas similares:

“no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. Este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión”.¹⁴³

188

Una de las circunstancias que pueden convertir un recurso en ilusorio es ilustrada en el caso de Cinco Pensionistas. Allí la Corte ha afirmado que la falta de ejecución de las sentencias constituye una violación de la Convención Americana. Así, este Honorable Tribunal sostuvo que se perpetraba una violación al artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio de los afectados, al no haberse ejecutado las sentencias emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de

141. Cfr. CIDH, Informe N° 30/97, “Gustavo Carranza”, caso 10.087. del 30 de septiembre de 1997, párrafo 54 y ssgtes. Citado en Tara Melish, cit.

142. Cfr. Corte IDH, Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrafo 100. En igual sentido, véase en Caso Castillo Páez. Cit., párrafo 84.

143. Cfr. Corte IDH, Caso Las Palmeras. Cit., párrafo 58; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Cit., párrafos 111/113; Caso del Tribunal Constitucional. Cit., párrafo 90; Caso Bámaca Velásquez. Cit., párrafo 191; Caso Cesti Hurtado. Cit., párrafo 125; Caso Paniagua y otros. Cit., párrafo 164; Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párrafo 63; Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párrafo 66; y Caso Velásquez Rodríguez. Cit., párrafo 63.

Justicia del Perú sino después de casi ocho años de dictadas éstas¹⁴⁴. También puede ser ineficaz un recurso por habersele impedido al presunto afectado el acceso a la justicia¹⁴⁵. En el caso Ivcher Bronstein (v. Perú), por ejemplo, la Corte advierte cómo la obstaculización a través de denuncias penales contra la presunta víctima puede constituir un cuadro de persecución y denegación de justicia¹⁴⁶. Otro impedimento práctico puede ser el establecimiento obligatorio de una tasa de justicia elevada en su monto, tal como se advirtió en el caso Cantos (v. Argentina)¹⁴⁷.

Por otra parte, tal efectividad puede variar en situaciones especiales o respecto de determinados colectivos. En este orden de ideas, podemos señalar una interesante vinculación entre la tutela efectiva de los derechos y el capítulo siguiente relativo a la no discriminación. El acceso a la justicia y la efectiva administración de justicia respecto de algunos colectivos (v. gr., los/as niños/as, los/as extranjeros/as) o en algunas situaciones (v. gr., respecto de personas carentes de recursos), exigen adecuar la respuesta procesal. A este respecto, resulta oportuno traer a colación las consideraciones expuestas por la Corte en su Opinión Consultiva 16; allí se afirmó que “para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas etapas del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”¹⁴⁸.

189

A mayor abundamiento, la Corte, en su Opinión Consultiva 11, exceptuó del agotamiento de los recursos internos a aquellas personas con escasos recursos. En este sentido se entendió que si la persona que llega ante los tribunales no posee los recursos económicos suficientes para ser asistida técnicamente por un letrado y esta circunstancia impide la defensa efectiva de sus intereses, ello resulta violatorio del artículo 8°,

144. Cfr. Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas”. Cit., párrafo 141.

145. Cfr. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein. Cit., 137.

146. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein. Cit., párrafo 141.

147. Cfr. Corte IDH, Caso Cantos. Cit., párrafo 54.

148. Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Cit., párrafo 119.

CADH, y es aplicable la excepción prevista en su artículo 46.2. En palabras de la Corte: “si un individuo requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevado de agotar los recursos internos. Este es el sentido que tiene el artículo 46.2¹⁴⁹, leído a la luz de las disposiciones de los artículos 1.1, 24 y 8”¹⁵⁰. En esa misma línea, años antes se pronunció el Tribunal Europeo en el conocido caso “Airey”.

Asimismo, una buena parte de las decisiones del sistema interamericano sobre tutela efectiva de los derechos exige una respuesta rápida y un recurso sencillo para la protección de los derechos fundamentales, características que se encuentran previstas en algunas legislaciones en los institutos del amparo y del Habeas Corpus¹⁵¹. Así, por ejemplo, en el caso en el caso Castillo Petruzzi y otros, la Corte reiteró:

“el derecho de toda persona 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, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención [...] El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes”¹⁵².

190

Tal como se desprende de los textos citados, existen numerosas situaciones que pueden acarrear como consecuencia la ineficacia de un recurso: desde la imprevisión del mismo por la ley, su inutilidad en la práctica por la falta de acceso a la justicia (por ejemplo, por cuestiones económicas o por coacción), la falta de procesamiento en tiempo oportuno, la falta de ejecución de la sentencia, entre otras.

149. Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párrafos 26/27.

150. Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cit., párrafo 31.

151. Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros. Cit., párrafo 184. En igual sentido se ha pronunciado en Caso Castillo Pérez. Cit., 82/83; Caso Suárez Rosero. Cit., párrafo 65; Caso Paniagua Morales y otros. Cit., párrafo 164; Caso Blake. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párrafo 102.

152. Véase, entre otros, caso de la Asociación de Comunidades Aborígenes “Lakha Honat” (v. Argentina), caso Tupinikim Guaraní (v. Brasil); caso Yakey Aksa (v. Paraguay); caso Yanomami (v. Venezuela).

Por lo demás, la importancia de estas garantías para la defensa de los derechos sociales ha sido demostrada a través de los casos incluidos en este y en el anterior acápite. A mayor abundamiento, una serie de casos pendientes de resolución han utilizado la alegación de la violación de dichas garantías como estrategia de defensa en temas fundamentales para la región.

Así, en numerosos casos relativos a reclamos territoriales de pueblos indígenas se han alegado principalmente violaciones a las garantías judiciales, al debido proceso, al derecho de residencia, al derecho a la privacidad y, en ocasiones, al derecho a la integridad personal, a la vida y a la propiedad. También se invocaron derechos tales como los beneficios de la cultura y el derecho a la salud y al bienestar. CEJIL, por su parte, ha alegado violaciones no sólo a la CADH y a la DADDH, sino también a la Carta Americana de Garantías Sociales y el PIDCP, entre otros¹⁵³. Adicionalmente, una serie de casos pendientes plantea el alcance del derecho a la tutela efectiva de los derechos respecto de personas que viven con VIH-SIDA¹⁵⁴; otros casos plantean graves violaciones a las garantías del debido proceso en las reducciones de pensiones y jubilaciones, etc.¹⁵⁵

c. El principio de igualdad y no discriminación

Otra de las estrategias fundamentales para la protección de los derechos sociales en el sistema interamericano consiste en apelar al principio de no discriminación y a la igualdad ante la ley. Ello es así en tanto aquéllos exigen consistencia en el diseño y aplicación de políticas de carácter social, económico o cultural; requieren que las leyes no tengan directa o indirectamente (por ejemplo, a través de su impacto) un sesgo discriminatorio; así como también imponen límites a las acciones y omisiones de los órganos de la administración de justicia. Y en un continente caracterizado por la desigualdad -que se manifiesta en numerosas ocasiones en diversas formas de discriminación-, la vigencia del principio de no discriminación¹⁵⁶ es crucial para la efectiva protección los derechos sociales.

153. Véase, entre otros, caso de la Asociación de Comunidades Aborígenes "Lakha Honat" (v. Argentina), caso Tupinikim Guaraní (v. Brasil); caso Yakey Axa (v. Paraguay); caso Yanomami (v. Venezuela).

154. En este sentido, la Comisión hizo lugar a las medidas cautelares solicitadas por personas portadoras del virus del HIV y, consecuentemente, requirió a los gobiernos de Chile y Guatemala la provisión de la medicación y el tratamiento médico necesarios para la supervivencia de los peticionarios (cfr. CIDH, "Medidas Cautelares", años 2001 y 2002).

155. Véanse, por ejemplo, en la Comisión en Informe N° 03/01. Cit.; y en la Corte, Caso "Cinco Pensionistas". Cit.

156. En efecto, como observamos al principio de este trabajo, América Latina ha sido señalada por diversos estudios como uno de los continentes con mayor desigualdad en el mundo.

Uno de los mayores obstáculos para garantizar el goce de los derechos sociales lo constituye la distancia entre las leyes que consagran los derechos y la práctica; y que ello ocurre en ocasiones por políticas o prácticas de órganos tanto públicos como privados que actúan de manera discriminatoria. En particular, las mujeres, los pueblos indígenas y los afro-descendientes, y los pobres, entre otros, se ven especialmente perjudicados por lo que se ha dado en llamar la discriminación por impacto diferencial o discriminación indirecta. Ésta ocurre cuando una norma, acto, política o práctica que es aparentemente neutral afecta perjudicialmente a una persona o grupo de personas¹⁵⁷.

El principio de igualdad es uno de los pilares del Estado de derecho y de los derechos humanos. Éste está ligado a la noción más básica de justicia y dignidad, y es presupuesto de la organización política y social democrática. Más aún, la noción de igualdad está estrechamente vinculada al reconocimiento intrínseco de la dignidad humana y de los derechos humanos. La Corte Interamericana ha afirmado que la noción de igualdad es inseparable de la dignidad esencial de la persona; aquél exige la protección no discriminatoria de todos los derechos fundamentales de las personas¹⁵⁸. Del principio de igualdad se deriva una serie de normas, tanto consuetudinarias como convencionales, que han sido receptadas por algunos tratados interamericanos que prohíben la discriminación.

192 Una buena parte de los tratados interamericanos de derechos humanos prevé [de] una cláusula de no discriminación. Estas cláusulas plasman el compromiso de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en las distintas convenciones “sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones

157. En el caso de la discriminación racial, la Directiva Europea sobre Igualdad de Raza (Race Equality Directive), 2000/43/EC, define a la discriminación indirecta como aquella que se da “where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of a racial or ethnic origin at a particular disadvantage compared with other persons, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary” (Cfr. art.2.2.b). Citado en James Goldston, European Law: New Possibilities in the Fight against Discrimination, Mimeo (facilitado por Marianne Meier-Wang). El Tribunal Europeo, por su parte, ha desarrollado este concepto de modo restrictivo. En este sentido, véase voto disidente del juez Pettiti en el caso Buckley (v. United Kingdom) (1996) y el caso Thlimmenos (v. Grecia) (2000), y el caso Chapman (v. United Kingdom) (2001). Si bien el marco normativo interamericano no recepta de manera expresa la protección contra la discriminación indirecta que plasma, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), nada impide extender la protección contra la discriminación en este sentido.

158. Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Cit., párrafo 55.

políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹⁵⁹. Por su parte, la Convención de Belém do Pará, instrumento cuyo objetivo principal es erradicar la violencia contra las mujeres, también contiene una cláusula de no discriminación en la que se manifiesta que la discriminación es un tipo de violencia contra las mujeres¹⁶⁰. Más aún dicha Convención reconoce explícitamente que la diferencia en las relaciones de poder entre los géneros se ha mantenido históricamente¹⁶¹. Adicionalmente, la Declaración Americana, la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará, consagran el derecho de igualdad ante la ley. En este sentido, el texto de la Convención Americana prescribe: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley”¹⁶². De esta manera, al comprender la garantía de igualdad ante la ley, el marco normativo del sistema interamericano, extiende la protección de la igualdad más allá de los derechos protegidos en las convenciones interamericanas para garantizar el trato igual de manera amplia en el ámbito interno; a diferencia del sistema europeo que prevé un sistema restringido a los derechos consagrados en el propio Convenio Europeo¹⁶³. Por otra parte, el

159. Texto del artículo 1º, CADH; del artículo 3º, Protocolo de San Salvador; y, con un texto más restrictivo, el artículo II, de la DADDH. Para una interesante discusión del artículo 1.1, véase el voto razonado del juez ad hoc Julio Barberis en el caso Cantos, en el que sostiene -en una interpretación más restringida que la postulada por la actual jurisprudencia de la Corte IDH- que el sentido de dicha disposición refiere a la obligación de los Estados de respetar los derechos sin discriminación. Cfr. Caso Cantos. Cit.

193

160. El artículo 6º, a) de la Convención de Belém do Pará dispone: “El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación”.

161. Cfr. Considerando 3º de la Convención de Belém do Pará. Agradezco a Liliana Tojo por haberme llamado la atención sobre este importante aporte de la Convención de Belém do Pará para comprender la situación de las mujeres en nuestro continente.

162. Cfr. artículo 24. El artículo 4º de la Convención de Belém do Pará incluye, además del reconocimiento de este derecho, una aplicación específica del mismo a la función pública: esto es, el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones. El principio de igualdad también es receptado por el artículo II de la Declaración Americana.

163. El artículo 14 del CEDH y la interpretación jurisprudencial que de aquél hace su honorable tribunal, restringe el alcance de la cláusula de no discriminación al ámbito de los derechos protegidos en dicho tratado. En el caso X (v. Federal Republic of Germany) se sostuvo que el artículo 14 no se referiría a la discriminación en general, y en el Belgian Linguistic Case, que dicho artículo no tiene una existencia independiente y que siempre debe alegarse la violación de un derecho consagrado por el CEDH. Para mayor ilustración véase, Simor and Emmerson, Human Rights Practice, cit.

sistema interamericano cuenta con un tratado específico que prohíbe la discriminación de las personas con motivo de su discapacidad.¹⁶⁴

La utilización de la garantía de no discriminación e igualdad ante la ley en la protección de los derechos sociales ya ha sido testeada tanto a nivel local -en varios Estados de la región- como a nivel internacional. Asimismo, tanto en el sistema europeo como en el ámbito de las Naciones Unidas existe una serie de casos que respalda esta estrategia¹⁶⁵. Un ejemplo de esta vía es el caso Airey (v. Reino Unido).

En este precedente se planteó el caso de una ciudadana irlandesa -Johanna Airey-, cuyo esposo era alcohólico y frecuentemente la amenazaba. Por esta razón, la señora Airey había tratado infructuosamente de obtener una decisión jurisdiccional de separación personal: dicho obstáculo se debió a la falta de recursos económicos, pues se encontraba imposibilitada de afrontar los costos de un patrocinio letrado. En este sentido, si bien en Irlanda no se exige el patrocinio de un abogado en el procedimiento, en virtud de que tal decisión debía ser tomada por la High Court y que el procedimiento ante ésta exige no sólo elevados costos de representación sino también un alto grado de complejidad por la naturaleza misma del procedimiento, se hace indispensable la asistencia letrada. Por lo demás, en Irlanda la asistencia letrada gratuita no era en ese momento accesible ni respecto de los procedimientos para obtener una sentencia de separación personal, ni en otros de orden civil.

194

El Tribunal Europeo entendió que, a la luz de estas circunstancias, la posibilidad de presentarse personalmente ante los tribunales no constituye para el peticionario un derecho efectivo de acceso a la justicia y que por ello tampoco se satisface el deber de los Estados de proveer el remedio doméstico exigido por el Convenio Europeo. Así, sostuvo que aún cuando el Estado no colocó obstáculos para hacer efectivo ese derecho, en ciertas circunstancias para satisfacer el goce de aquél, el Convenio Europeo exige a los Estados Parte ciertas

164. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en su artículo 2º, prescribe como sus objetivos la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación de las personas con discapacidad y la promoción de su integración en la sociedad. Para alcanzar estas metas se enumeran una serie de medidas afirmativas que los Estados deben adoptar (véanse artículos III, IV y V, de dicha Convención).

165. Entre otros, Case of Vermeire (v. Belgium), Judgment of 29 November 1991; Case of Willis (v. The United Kingdom), Judgment of 21 June 2002; Case of Van Raalte (v. The Netherlands), Judgment of 21 February 1997; the Belgian Linguistic Case, Judgment of 23 July 1968.

acciones positivas. Por otro lado, argumentó que aún cuando los derechos consagrados en el Convenio son de carácter civil y político, muchos de ellos se encuentran determinados por cuestiones de naturaleza social o económica. Finalmente, concluyó que lo que se exige a los Estados no es la previsión de asistencia legal gratuita en todas las controversias relativas a los derechos de carácter civil, sino que en ciertas circunstancias el Convenio compele a los Estados partes a brindar asistencia letrada cuando se demuestra que tal asistencia es indispensable para asegurar el efectivo acceso a la justicia¹⁶⁶.

En el ámbito del sistema interamericano tanto la Comisión como la Corte Interamericana han sentado las bases para el tratamiento de estos derechos en ejercicio de su competencia contenciosa y, primordialmente, de su función consultiva. Los estándares sobre discriminación en el sistema interamericano fueron desarrollados, en primer lugar, por la Honorable Corte en la Opinión Consultiva 4¹⁶⁷. Ésta fija el alcance de la cláusula general sobre la obligación de no discriminar, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que prohíbe todo tipo de discriminación respecto a los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado¹⁶⁸. Por otra parte, y a efectos de desarrollar la garantía de no discriminación, interpreta los términos del artículo 24 de la Convención que prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal, extendiendo de esta manera la prohibición al ámbito interno de los Estados Parte¹⁶⁹.

166. TEDH, Case of Airey (v. Ireland). Cit.

167. Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Cit.

168. Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Cit., párrafo 53. “El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma”.

169. Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Cit., párrafo 54. “Por su lado el artículo 24 de la Convención establece: Artículo 24. Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Parte, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”.

La regla elaborada por la Corte para establecer si un acto es no discriminatorio es la siguiente. Sobre la base de un tratamiento diferenciado es crucial establecer si el mismo responde a la existencia de una situación de hecho objetivamente desigual; se debe analizar luego si la norma o medida que la genera persigue fines legítimos y, si existe un vínculo de proporcionalidad entre las diferencias establecidas por la norma o medida y sus objetivos¹⁷⁰.

Adicionalmente, la Comisión y la Corte han identificado situaciones que requieren que se tomen medidas diferenciadas a fin de garantizar la igualdad. Así lo reconoce la Corte en el caso de los/as niños/as y de los/as extranjeros/as en las Opiniones Consultivas 17 y 16, respectivamente¹⁷¹. Tanto la Comisión como la Corte expresan la necesidad de tomar medidas específicas para garantizar los derechos de las personas ubicadas en una “situación de desigualdad real” por una

196

170. Véase también, CIDH, Informe N° 57/96, “Williams Andrews”, caso 11.139, del 6 de diciembre de 1996, párrafo 173; Informe N° 48/98, “Carlos Alberto Marín Ramírez”, caso 11.403, del 29 de septiembre de 1998, párrafo 48; Informe N° 137/99, “Andrés Aylwin Azócar y otros”, caso 11.863, del 27 de diciembre de 1999, párrafo 99; Informe N° 48/00, “Walter Humberto Vásquez Vejarano”, caso 11.166, del 13 de abril de 2000, párrafo 108; Informe N° 51/01, “Rafael Ferrer-Mazorra y otros”, caso 9903, del 4 de abril de 2001, párrafo 238; Informe N° 75/02, “Mary y Carrie Dann”. Cit., párrafo 143. En este mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos (CDH) ha establecido que no toda diferencia en el trato constituye discriminación si el criterio para efectuar dicha discriminación es razonable y objetivo, y el objeto perseguido es legítimo de acuerdo al Pacto. Cfr., CDH, Observación general N° 18: “No discriminación”, adoptada en el 37º período de sesiones (1989), párrafo 13.

171. En la Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, la Corte complementa el análisis efectuado en la Opinión Consultiva 4. Al respecto señala que: “[p]ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas” (Corte IDH, El Derecho a La Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Cit., párrafo 119). Por otra parte, y sobre la base de tales afirmaciones, la Corte en su Opinión Consultiva 17 reconoció la importancia de un tratamiento diferencial en el caso de los/as niños/as. En este sentido, sostuvo que “es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”. De ese modo, recalcó que la igualdad requiere reconocer y resolver los factores de desigualdad real. A partir de estas consideraciones concluyó que es necesaria la “adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que [los/as niños/as] gocen efectivamente de dichos derechos [procesales] y [sus correlativas] garantías” (Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cit., párrafos 96/98).

situación o condición. El sistema interamericano reconoce que un tratamiento en su faz neutral de estas situaciones puede dar lugar a graves arbitrariedades; ello ocurre, por ejemplo, con leyes u otro tipo de actos que en apariencia no son discriminatorios, pero cuyo efecto o impacto sí lo es. La Comisión ha sido enfática en señalar que los Estados pueden tener que realizar medidas de acción afirmativa para garantizar la igualdad¹⁷². Estas medidas son aplicables tanto a las situaciones que sean resultado de discriminación directa o indirecta, realizada por actores públicos o con su tolerancia, como respecto de aquella efectuada por actores privados. Al aplicar estos principios, la Comisión Interamericana ha afirmado que la adopción por parte de los Estados Parte de medidas especiales de carácter temporal tendientes a acelerar la igualdad de hecho o sustancial entre los hombres y las mujeres no se considerará discriminación en la forma definida por la CADH¹⁷³. En este mismo sentido, la Convención Interamericana para la Eliminación de toda forma de Discriminación de las Personas con Discapacidad reconoce la necesidad de adoptar medidas de carácter positivo para asegurar los derechos sociales, eliminando de este modo la discriminación de las personas con discapacidad¹⁷⁴.

Algunos de los casos que ilustran la defensa en el sistema interamericano han sido desarrollados en el texto de este apartado; sin embargo, a mayor abundamiento mencionaremos algunos casos pendientes o recientemente resueltos. Así, por ejemplo, en el caso de Mónica Carabantes (v. Chile) se trató la expulsión arbitraria del colegio de una estudiante de secundaria embarazada como un reclamo basado en la obligación de igualdad ante la ley y no discriminación; en el de DB y VB de la República Dominicana, el derecho de las víctimas a la no

172. Cfr. CIDH, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, en Informe Anual 1999, del 13 de abril de 1999. Para profundizar el análisis de este tema véase en Roberto Gargarella (comp.), Derecho y grupo desaventajados, Gedisa, 1999, Barcelona.

173. En este sentido véase, CIDH, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación. Cit. En este informe se afirma, al comentar el artículo 4º de la CEDAW, que “[s]e permite la adopción de medidas especiales para corregir las condiciones persistentes de discriminación de hecho mientras tales condiciones persistan y hasta que se alcance la igualdad de oportunidad. Se debe destacar que, en tales circunstancias y cuando se lo implemente, de acuerdo con lo requerido, el artículo 4 dispone, como una cuestión de derecho, que estas medidas no constituyen discriminación”. Asimismo, la Comisión, en el informe de su visita a Guatemala, consideró que era necesario disponer medidas de carácter afirmativo para eliminar la discriminación en ese país. Cfr. Quinto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., del 6 de abril de 2001, Capítulo XIII.

174. Véase supra nota 15.

discriminación¹⁷⁵ en el acceso a la educación por su carácter de indocumentadas; el caso de XY (v. Chile), que versa sobre la discriminación en el sistema privado de pensiones¹⁷⁶, entre otros.

IV. Conclusiones

El sistema interamericano presenta características que lo hacen especialmente capaz de proteger los derechos económicos, sociales y culturales a nivel internacional. En primer lugar, el alcance de la protección internacional en el sistema interamericano es muy amplio debido a que distintas normas de naturaleza obligatoria para los Estados contienen provisiones para la protección de estos derechos; comenzando por la Declaración Americana, a la que se le suman cinco convenciones interamericanas que protegen directamente derechos económicos y por lo demás se nutren e interactúan con el Protocolo de San Salvador, que es el tratado específico que reconoce y desarrolla el alcance de un importante número de esta categoría de derechos.

En segundo lugar, a ello se suman las numerosas herramientas de monitoreo de que disponen los órganos del sistema (incluyendo el procedimiento de peticiones individuales con capacidad de dictar decisiones de carácter vinculante que posibilitan la modificación de situaciones individuales y grupales y la generación de cambios en las políticas de estado sobre este tema).

198 Sin embargo, es justo advertir que en la actualidad el potencial que el sistema interamericano brinda para la tutela de los derechos sociales se encuentra aún en los estadios iniciales de su desarrollo. Entre los logros más palpables en este ámbito podemos ubicar a una serie de decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericanas que hacen justiciables derechos como la salud, el trabajo, la educación, la huelga, las pensiones, etc. Entre los desafíos, se encuentra el desarrollo normativo sistemático de estos derechos.

En este artículo se señalan algunas de las estrategias posibles para la protección de los derechos sociales a través de la vía contenciosa. La experiencia del litigio en este campo, así como las dificultades de

175. El caso culminó recientemente con una solución amistosa. Cfr. CIDH, Informe N° 32/02, “Mónica Carabantes Galleguillos”, petición 12.046, del 12 de marzo de 2002.

176. En este caso se planteó el grave perjuicio que acarreó el traspaso de un sistema estatal de pensiones a uno privado para uno de los muchos trabajadores chilenos que no han podido afrontar los altos costos de dicho sistema, quedando el mismo reservado para los trabajadores privilegiados; además, la privatización del sistema previsional dejó obviamente sin cobertura a los trabajadores informales y los desocupados.

desarrollo doctrinario, permiten avizorar un mayor avance en la protección de los derechos sociales a partir del contenido económico, social o cultural de los derechos civiles y políticos protegidos de manera convencional. En cuanto al Protocolo de San Salvador, que ha generado mayor interés en el sistema interamericano como vía para la tutela de los DESC, la evaluación de su impacto es más restringida que lo deseable. En efecto, dado el carácter restringido de la protección judicial prevista en el tratado, su aporte al sistema radicará probablemente en la protección directa del derecho a la educación así como en su utilización como un instrumento interpretativo de las obligaciones asumidas por los Estados en otros instrumentos interamericanos.

Los pasos que toman los diferentes actores del sistema interamericano a nivel local e internacional están cruzados por una serie de interrogantes que plantean dilemas de política jurídica. Así, cuestiones como la de si corresponde a los jueces tomar decisiones que en principio son propias de los poderes políticos del Estado y la determinación de los límites de sus decisiones, o la de si es posible que un paso en falso que redunde en una decisión adversa basta para deslegitimar al mecanismo de protección internacional, o si tal deslegitimación podría ser el producto de la falta de desarrollo de doctrina y jurisprudencia en torno al tema y del no perfeccionamiento de los mecanismos procesales eficaces para la protección de los derechos sociales, son algunas de las cuestiones que subyacen y que aún no han sido resueltas.

Afortunadamente, el sistema interamericano avanza en la dirección de la protección. Queda mucho camino por andar: la resolución de los desafíos y la extensión de la capacidad de protección depende de la sinergia de los esfuerzos del sistema, de las víctimas y peticionarios, y de los Estados de la región. La riqueza de los desarrollos en la protección de estos derechos en algunas cortes locales, tanto a través de una jurisprudencia de discriminación o de debido proceso, como en cuanto a los desarrollos normativos de contenido – indicadores a nivel local; los pasos dados en el sistema europeo y los avances del sistema interamericano demuestran diversas soluciones posibles en el ejercicio de tutelar los derechos sociales. Así también, este ejercicio destaca la importancia de fomentar el diálogo a fin de enriquecer las soluciones para la defensa de aquéllos.

Avanzar en el camino hacia la garantía plena de los derechos sociales a través de su justiciabilidad nos permitirá quizás algún día compartir en todo el mundo la mirada que condena a la miseria y la exclusión con el mismo horror con el que hoy censuramos a la esclavitud o el apartheid.

Las cláusulas de protección social en los préstamos de ajuste estructural del Banco Mundial. El caso del plan alimentario Pro-Huerta *

Víctor Abramovich **.

Los préstamos especiales de ajuste estructural constituyen un tercio de la cartera de créditos del Banco Mundial. En los 90' este tipo de créditos orientó las políticas de los gobiernos que debieron encarar procesos de transformación de sus economías en aras de mejorar sus condiciones de competencia en los mercados mundiales. Al apuntar al desmantelamiento de las instituciones medulares del estado de bienestar, degradando la legislación laboral y los sistemas de seguridad social, los procesos de ajuste estructural aumentaron la vulnerabilidad de los sectores más pobres y profundizaron la desigualdad. A fin de mitigar el impacto de estas políticas diseñadas por el mismo Banco, la entidad adoptó el temperamento de incorporar en los acuerdos de crédito destinados a ajuste estructural, cláusulas sociales¹ que procuran garantizar que una canasta de programas asistenciales, por lo general diseñados para cubrir necesidades extremas de los sectores indigentes, no sea afectada por los recortes presupuestarios. En 1999 se presentó en el Panel de Inspección del Banco el primer caso en el que estaba en juego el incumplimiento de este tipo de cláusula.

En 1998, luego de la crisis de la economía brasileña, Argentina recibió del Banco Mundial un préstamo de ajuste estructural por 2.500 millones de dólares, destinado a la realización de correcciones fiscales para evitar la devaluación de la moneda nacional. El préstamo se proponía ayudar al país a reducir su vulnerabilidad ante las variaciones abruptas de los mercados financieros internacionales y, al mismo tiempo, fortalecer su capacidad para el crecimiento económico sostenido y con equidad social.

201

* La versión original de este artículo, en inglés, está publicada en "Demanding Accountability: Civil-Society Claims and the World Bank Inspection Panel". Ed.Dana Clark, Jonathan Fox y Kay Treakle. Editorial Rowman Littlefield Publishers, Inc. 2003.

** Director del Centro de Estudios Legales y Sociales, Argentina. El autor agradece la colaboración de Juana Kweitel, Julieta Rossi y Martín Serrano del programa sobre derechos económicos, sociales y culturales del CELS. También corresponde mencionar el aporte de Martín Abregú, ex Director Ejecutivo del CELS, quien copatrocinó la denuncia ante el Panel de Inspección.

1. Estas cláusulas establecen, entre las condiciones para el desembolso de los tramos del crédito, la obligación de destinar fondos determinados para el mantenimiento de ciertos programas sociales. En los acuerdos de crédito y documentos del Banco, este tipo de cláusula se denomina "Condición Social Presupuestaria" (Social Budget Condition).

A fin de evitar que la adopción de medidas drásticas de reducción del gasto fiscal pudiera afectar a los programas sociales en curso, el Banco incluyó en el convenio de crédito una cláusula de garantía, por la cual el Estado se comprometía a mantener una canasta de programas sociales expresamente mencionados, hasta un monto global de 680 millones de dólares.

Convencido de que era la única medida que permitiría apuntalar la moneda nacional frente a la presión externa, el gobierno argentino produjo una fuerte reducción del gasto público al elaborar el presupuesto para el año 1999. Sin embargo, al diseñar el ajuste en el gasto social, adoptó ciertas precauciones destinadas a no debilitar sus posibilidades electorales en la renovación legislativa que se realizaría ese año. Mantuvo el presupuesto global destinado a los programas sociales de la canasta garantizada hasta el monto acordado, con lo cual pretendió asegurarse el desembolso durante el período de los tramos restantes del crédito -casi 1.500 millones de dólares-. Sin embargo, redistribuyó los fondos incrementando los destinados a aquellos programas utilizados tradicionalmente como instrumentos del clientelismo político. El resto de los programas de la canasta sufrieron profundas reducciones de presupuesto, que hicieron peligrar su continuidad o en muchos casos obligaron directamente a su finalización.

El programa Pro-Huerta, incorporado a la canasta de programas garantizados por el préstamo, fue uno de los que quedó expuesto al peligro de extinción. Se trata de un plan de auto producción de alimentos organizado sobre la base de la distribución de semillas y el asesoramiento técnico para su cultivo en huertas particulares y comunitarias. Administrado por una agencia oficial de tecnología agropecuaria, había alcanzado en 1998 a una población aproximada de 2,7 millones de personas indigentes, con un presupuesto anual de 11,2 millones de dólares. Para 1999 tan sólo se le había asignado en el presupuesto 4 millones, por lo que se estimaba que el programa desaparecería sin remedio a mediados de aquel año.

Las redes de organización comunitaria, creadas para la distribución eficaz de las semillas y el asesoramiento del cultivo de las huertas, fueron utilizadas para armar acciones de resistencia y reclamos de los beneficiarios. Los técnicos del organismo oficial que administraba el programa contribuyeron a organizar y canalizar los reclamos de los huerteros. Algunos sectores políticos y medios de prensa se hicieron eco de estos pedidos, que no encontraron respuesta de las autoridades.

En el mes de junio de 1999, con el asesoramiento del Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS-, un organismo de derechos humanos creado durante la dictadura militar argentina, un grupo de beneficiarios denunciaron ante la Oficina Subregional del Banco Mundial que el recorte de presupuesto del programa constituía un incumplimiento de la cláusula

social contenida en el acuerdo de crédito. Si bien el gobierno había cumplido con el compromiso de mantener un monto global de fondos destinados a los programas sociales de la canasta, los denunciantes alegaron que la obligación contractual del Estado comprendía el resguardo presupuestario de una suma indispensable para asegurar la continuidad de los programas incluidos en el convenio financiero suscrito con el Banco. Los denunciantes sostuvieron que esta interpretación de las cláusulas convencionales era la única compatible con el objetivo de los préstamos especiales de ajuste estructural, que consiste precisamente en impedir que el ordenamiento del gasto público termine afectando la porción del gasto social destinada a paliar las necesidades más apremiantes de los sectores indigentes.

Ante la inacción de la gerencia del Banco en Buenos Aires, los afectados presentaron una denuncia ante el Panel de Inspección en el mes de julio de 1999, imputando a los funcionarios locales del Banco el incumplimiento de las directivas sobre reducción de pobreza, supervisión de proyectos y acceso a la información. En su denuncia, reclamaron al Panel que recomendara al Banco retener como medida cautelar los desembolsos pendientes del crédito, hasta que se verificara el cumplimiento de la cláusula sobre programas sociales garantizados.

Al tomar conocimiento de la denuncia en el Panel, los funcionarios del Banco y del gobierno salieron de su inercia y demostraron una súbita conciencia social. Es posible que los primeros pretendieran impedir la apertura de un caso en el Panel, y los otros evitar cualquier duda sobre el inminente e indispensable desembolso de fondos frescos del crédito, lo que hubiera arrojado más sombras sobre el ya oscuro paisaje de la economía argentina. Lo cierto es que, tiempo después de la denuncia al Panel, fueron garantizados 4,5 millones de dólares adicionales al presupuesto original del Pro-Huerta.

203

En el mes de diciembre de 1999, luego de una visita al país, el Panel emitió un informe. Si bien entendió que la cuestión había sido resuelta por la disponibilidad de nuevos fondos que permitían la continuidad del programa, fijó posición sobre varias cuestiones debatidas en la denuncia. En particular, afirmó su competencia para considerar solicitudes vinculadas a créditos de ajuste estructural, rechazó planteos realizados por los responsables de la Dirección Subregional del Banco vinculados a la reserva de identidad de los denunciantes, y examinó la calidad de afectados de los beneficiarios de los programas sociales garantizados en los acuerdos de crédito a efectos de reconocerles legitimación para denunciar un caso en el mecanismo de inspección.

En este capítulo analizaremos los antecedentes de este caso, describiendo en primer lugar los términos del crédito de ajuste estructural y del programa Pro-Huerta. En segundo lugar, analizaremos

la forma en que se organizó el reclamo y los desafíos enfrentados por los sectores populares afectados, en su relación con el Banco. Luego examinaremos algunas de las principales cuestiones técnicas debatidas en el caso, referidas a la interpretación de la cláusula social contenida en el acuerdo, el efecto de su incumplimiento sobre el resto del contrato, la legitimación de los beneficiarios del programa para actuar ante el Panel de Inspección en calidad de afectados por el recorte presupuestario, la reserva de identidad, y la competencia del Panel para entender en esta materia. Por último, procuraremos obtener algunas conclusiones sobre las posibilidades que brinda el mecanismo de denuncia ante el Panel de Inspección para exigir la protección de intereses sociales y, en definitiva, sobre el valor de las cláusulas de garantía de los préstamos de ajuste estructural, en el marco de las políticas del Banco, orientadas a mitigar los efectos de situaciones de pobreza extrema.

1. La cláusula de protección social en el crédito especial de ajuste estructural para la Argentina

Durante el año 1998 las finanzas internacionales se vieron grandemente conmocionadas. Los desajustes de los mercados financieros internacionales provocaron el cierre temporal del acceso al crédito externo, lo que repercutió desfavorablemente en la estabilidad económica de la República Argentina. Con el cierre de los mercados y el descalabro de los flujos de capital, la Argentina se encontró ante la imposibilidad de financiar su déficit y refinanciar su deuda externa una vez operados los respectivos vencimientos. En este contexto, el gobierno argentino solicitó al Banco que lo asistiera en forma extraordinaria, invocando su necesidad de “hacer frente a los servicios de la deuda y evitar una importante contracción de sus reservas internacionales, lo que provocaría una severa recesión e incremento del desempleo urgiendo al gobierno a tomar decisiones drásticas en desmedro de programas sociales críticos”.²

Desde septiembre de 1998 fue gestándose el Préstamo Especial de Ajuste Estructural (o Special Structural Adjustment Loan –SSAL–) que, conjuntamente con el REPO (o Special Repurchase Facility Support Loan –préstamo contingente–), procuraba en sus consideraciones “brindar apoyo a los esfuerzos continuos del gobierno de la República Argentina para la transformación de su economía y la protección de los logros alcanzados en los campos económico y social, mitigando los efectos dañinos sobre los grupos vulnerables³...

2. Tal como surge del acuerdo de crédito firmado con la entidad (ver. II HECHOS; II.2. Préstamo Especial de Ajuste Estructural –conf. ANEXO V–; ANEXO B).
3. (ver II HECHOS; II.2. Préstamo Especial de Ajuste Estructural –conf. ANEXO V–; ANEXO B).

El 11 de noviembre de 1998 fue suscripto el acuerdo de crédito por un monto de 2.525 millones de dólares, quedando estructurado en tres tramos: el primero desembolsado en noviembre de 1998, por 1.025 millones, y los restantes a ser desembolsados en marzo de 1999 y con posterioridad a junio de 1999.

En el acuerdo se convino la implementación de un paquete de reformas asentado sobre cuatro objetivos primordiales, entre los que se señalaba como prioritario “garantizar la continuidad de los actuales programas de protección social, que en tiempos de contracción financiera pudieran ser vulnerados, así como avanzar en las reformas en las áreas de salud y educación”.⁴

Haciéndose eco de la propia experiencia y de las recomendaciones de los organismos internacionales que dan cuenta de la utilización de los programas sociales como principales variables de ajuste en la reestructuración del sector público, el SSAL estableció en sus cláusulas los requisitos que debían ser previamente satisfechos por las autoridades nacionales, según criterio librado a la autoridad del Banco, para efectuar cualquier retiro de fondos. Entre esos requisitos se incluyó la obligación de mantener una canasta de programas sociales hasta un monto de 680 millones dólares⁵.

En la elección de los programas sociales incorporados a la canasta se tuvo en cuenta que las asignaciones presupuestarias para programas de nutrición representaban tan sólo el 3,6 % del presupuesto general para gastos sociales y que estos programas podían tener un sentido “compensatorio” del impacto negativo del ajuste que en el mismo convenio se financiaba⁶.

205

4. II HECHOS; II.2. Préstamo Especial de Ajuste Estructural –conf. ANEXO V–; ANEXO B).
5. Las cláusulas mentadas prescriben la imposibilidad de efectuar cualquier retiro de fondos de las cuentas abiertas a tal efecto sin antes haberse acreditado, sobre la base de evidencia razonable a criterio del Banco, el cumplimiento de las acciones previstas en la Planilla 3 y 4 (respectivamente) del Acuerdo, en forma y substancia librados a criterio del Banco. Entre tales acciones se contempla el compromiso del gobierno nacional de mantener las partidas presupuestarias de los programas sociales listados en el Anexo a la Planilla 3 del SSAL, correspondientes al ejercicio 1999, en un monto total no inferior a los U\$D 680.000.000 (Vid. II HECHOS; II.2. Préstamo Especial de Ajuste Estructural; nota al pie –Conf. ANEXO VI–; ANEXO B).
6. Denomínase programas compensatorios al conjunto de programas de protección social y redes de seguridad, a los que se atribuye la finalidad de preservar a los grupos vulnerables de los efectos negativos de los programas de ajuste estructural. Tales previsiones, encuadradas dentro de “las dimensiones sociales del ajuste”, concentran los esfuerzos de los BMDs en su búsqueda de medidas paliativas del sacrificio desproporcionado en que el ajuste sume a los más pobres al socavar las bases de sus ingresos. Conf. “Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Efectos de las políticas de ajuste estructural en el goce efectivo de los derechos humanos”. Informe presentado por el experto independiente Sr. Fantu Cheru con arreglo a las decisiones 1998/102 y 1997/103 de la Comisión. Comisión de Derechos Humanos, 55º período de sesiones, ONU (E/CN.4/1999/50).

En tal sentido, se incorporaron a la canasta programas destinados a la alimentación y nutrición para niños y para personas mayores, y el programa de auto producción de alimentos denominado Pro-Huerta.

De esta forma, el Banco procuraba dar cumplimiento a sus directivas operacionales, que le imponían la obligación de preaverse del perjuicio inmediato que pudieran causar los costos de transición de los programas de ajuste, reparando especialmente en su incidencia sobre prestaciones asistenciales de seguridad nutricional⁷.

2. El programa alimentario Pro-Huerta y los programas sociales garantizados

El programa Pro-Huerta fue creado en el año 1990. En el ámbito del gobierno federal se había encomendado al Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria -INTA-, la elaboración de un programa de seguridad alimentaria, dirigido a mejorar la dieta de la población con necesidades básicas insatisfechas mediante la auto producción de alimentos en pequeña escala.

Con la puesta en marcha de este programa se pretendió facilitar a los sectores sociales más careciados el acceso a una dieta equilibrada, complementándola con una mayor calidad y diversidad de alimentos frescos, procurando una mejora del gasto familiar en alimentos, promoviendo la participación comunitaria en la producción de éstos y generando tecnologías apropiadas para su auto producción, e incentivando las pequeñas alternativas productivas agroalimentarias. El programa consistía básicamente en la distribución de semillas para su cultivo en huertas particulares y comunitarias, y el asesoramiento a las familias para el tratamiento de las huertas y luego para la incorporación del producto de la huerta en la dieta alimentaria.

206

La población beneficiaria habita zonas empobrecidas en las áreas periféricas de las grandes ciudades, y también en áreas urbanas del interior del país.

La estructura técnica del Pro-Huerta es mínima (562 personas, según el Informe de Auditoría 23-98) ya que sus promotores (15.560 personas) son los propios beneficiarios. Es en un diálogo abierto entre vecinos donde se cuentan sus problemas y necesidades y discuten acerca de la posibilidad de acceder al sustento alimentario a través del trabajo de la tierra inutilizada. Los técnicos del INTA capacitan a los

7. Conf. Directiva Operacional –OD– 4.15 sobre Reducción de Pobreza, diciembre de 1991. Párrafo 25: Social Cost of Adjustment.

promotores, quienes son también beneficiarios del programa y se encargan de organizar y supervisar el trabajo de los huerteros. Las reuniones de capacitación se realizan en espacios sociales comunitarios, como escuelas, cooperativas rurales o clubes barriales. La propia dinámica del programa fomenta y fortalece los vínculos comunitarios sobre la base de la solidaridad.

Es importante mencionar que las zonas de implementación del programa están afectadas por una situación de profunda crisis social, caracterizada por altos niveles de desempleo y pobreza, y la casi absoluta ausencia de prestaciones asistenciales del Estado. En ese contexto se reaniman ciertos vínculos sociales como última herramienta para paliar las demandas vitales que surgen de la pobreza más extrema. A diferencia de otros programas asistenciales, la actitud requerida de los beneficiarios del Pro-Huerta, lejos de ser pasiva, demanda un alto grado participación, ya sea en reuniones de capacitación para la siembra y, luego de la cosecha, para la utilización de los productos obtenidos, como, en todo el ciclo, en la coordinación de la distribución de las semillas y enseres con los demás vecinos.⁸

En las entrevistas que mantuvimos con los beneficiarios surgía claramente la identificación entre el fruto de la huerta y el esfuerzo comunitario. Así, expresaban que “lo que queda es lo que cuesta sudor y lágrimas”, y agregaban: “no estamos pidiendo que nos regalen nada”. Con estas palabras ellos diferenciaban claramente el tipo de relación y de prestación del Pro-Huerta de la de otros programas asistenciales. La entrega de las semillas y la capacitación para hacerlas producir y para adecuar la alimentación a los productos que se obtienen, balanceando la dieta y observando las conveniencias estacionales, es una prestación diametralmente opuesta a la entrega de una caja de comida o el acceso a un comedor escolar. En este sentido, los beneficiarios del conurbano de Buenos Aires destacan que la mayoría de ellos son “provincianos” (gente del interior del país que debió migrar hacia las ciudades) que “habían dejado de trabajar la tierra” y que se reencontraron con las actividades de su infancia. Así, además del aporte de los técnicos, se recupera el propio saber olvidado de los beneficiarios. En opinión de los técnicos que implementan el programa, esta activa participación de los beneficiarios es su ventaja comparativa. Sostienen que la prestación del Pro-Huerta fomenta la autoestima de los beneficiarios, en lugar de su estigmatización como “pobres” objeto de la asistencia pública.

207

8. El cultivo en las huertas es por lo general de subsistencia. Sin embargo, aquellos que logran buenos resultados tienen margen para comercializar lo que no consumen y, en ocasiones, realizan trueques con los vecinos por otro tipo de alimentos o productos.

El carácter comunitario del Pro-Huerta se refleja además en la forma en la que se trabajan las tierras improductivas. Al momento del reclamo, una importante porción de las huertas del programa eran comunitarias. En el fondo de las escuelas o de las iglesias, o en un terreno abandonado, se crean huertas comunitarias en las que varias familias aportan sus semillas y su trabajo. Este ejercicio de colaboración entre vecinos contribuye a recrear vínculos de vecindad prácticamente desaparecidos, especialmente en las zonas suburbanas duramente afectadas por la pobreza y la marginación.

Otra característica del Pro-Huerta es que cuenta con una importante proporción de beneficiarias mujeres. Son ellas quienes sienten la necesidad de “parar la olla”⁹ y la desesperación de no tener qué darles de comer a sus hijos. Ellas son las que trabajan las huertas con los niños y fueron el motor fundamental del reclamo (4 de las cinco personas que firmaron la denuncia original son mujeres).

Como se verá, la lógica de la participación y los lazos comunitarios, creados como un mecanismo de promoción y difusión del programa, fueron precisamente los que permitieron articular la resistencia de los beneficiarios al intento por desmantelar el Pro-Huerta.

El desajuste del programa surgió a partir de las limitaciones presupuestarias impuestas para el período fiscal de 1999.

208 Desde su inicio se previó que el Pro-Huerta tuviera “progresividad”, esto es, vocación expansiva, pues su número potencial de beneficiarios era la población con necesidades básicas insatisfechas de todo el país, estimada en 6,247 millones de personas.

En virtud del trabajo técnico del INTA, y la organización y disciplina impartida a la labor voluntaria prestada por las instituciones, organizaciones y personas que se solidarizaron con los objetivos y funciones del Programa, éste logró su cometido evidenciando un crecimiento exponencial del número de beneficiarios. No obstante haber alcanzado los 2,744 millones de beneficiarios en 1998, el Pro-Huerta se encontraba aún distante de su demanda potencial.

Paralelamente al incremento del número de beneficiarios asistidos por el Programa tuvo lugar un necesario incremento de las partidas presupuestarias, alcanzándose una asignación de \$ 11.200.000 para el ejercicio correspondiente al año 1998.

9. Procurar el alimento para el grupo familiar.

Pero la coyuntura económica que atravesó el país desde el cuarto trimestre de 1998 y la necesidad de contar con financiamiento externo llevaron al gobierno nacional a encarar una necesaria reestructuración de sus cuadros y proyectos. Esta reestructuración, sin embargo, no debió generar lo que produjo: una drástica reducción de los fondos afectados a la continuidad de los programas sociales en curso, sin que siquiera se reparase en la naturaleza alimentaria de las prestaciones brindadas. Así, con la aprobación de la ley presupuestaria para el ejercicio 1999¹⁰, la Secretaría de Desarrollo Social recibió, en carácter de fondos para su asignación específica al Programa, la suma de 4 millones de pesos, equivalente a un 32% del total presupuestado originalmente por la propia Secretaría, lo que hacía inocultable la decisión gubernamental de utilizar ciertos programas sociales como variables de ajuste del déficit presupuestario.

El recorte presupuestario afectó asimismo a otros importantes planes sociales tales como el programa ASOMA –Apoyo Solidario a los Mayores– y el PRANI –Programa Alimentario Nutricional Infantil–, que, al igual que el Pro-Huerta, se encontraban garantizados en el préstamo. El gobierno cuidó sin embargo mantener el monto global asignado a los programas sociales incluidos en el listado de programas del acuerdo de préstamo con el Banco hasta cubrir la suma de 680 millones de dólares. Para ello el gobierno tuvo especialmente en cuenta que se trataba de un año de elecciones legislativas, por lo que la merma de fondos para los programas señalados se tradujo en un aumento de fondos para aquellos programas sociales que consistían en reparto de planes de empleo temporal y que eran gestionados por las autoridades políticas provinciales y locales como parte del proselitismo electoral.

209

Reparando en la suma finalmente autorizada, la Secretaría de Desarrollo Social enfrentó la disyuntiva de recortar drásticamente el número de beneficiarios o continuar con todos ellos hasta agotar los fondos disponibles, lo que hacía de imposible ejecución el cronograma original de trabajo. De adoptar la primera opción, debía proceder a una drástica reducción del número de beneficiarios, desentendiéndose de un 1.7 millones de personas indigentes (58,52% de la población asistida durante el ejercicio 1998). Sin embargo, era difícil hallar o concebir un criterio de "razonabilidad" para cercenar tamaña porción del universo asistido, que se conforma básicamente de personas que atraviesan necesidades extremas. Ante esta situación, el INTA decidió persistir en la ejecución de su agenda, tal y como la había estructurado originariamente, aunque ello supusiese la paralización del Programa al

10. Ley 25.064.

promediar el año. Entre las actividades del plan original que estaban en serio peligro por el recorte, la principal quizá fuera la compra de las semillas para su distribución entre los beneficiarios. En tal sentido, la desavenencia suscitada en torno al cronograma del Pro-Huerta provocó la suspensión del mismo durante el mes de marzo (retrasando sensiblemente la campaña Otoño-Invierno '99) y amenazó con la suspensión definitiva del programa con posterioridad al mes de junio.

Como corolario del desfinanciamiento y la imposibilidad de continuar con el ciclo del Programa, tal como lo reconociera el entonces Secretario de Desarrollo, José Figueroa, el Pro-Huerta sufrió un nuevo revés al verse obstruida la negociación de una línea de crédito externa, gestionada ante el BID con el objeto de mejorar la dieta propuesta mediante la incorporación de suplementos proteínicos.

3. La organización del reclamo. El contacto de los técnicos y beneficiarios con el CELS

Una vez que se dispuso el recorte presupuestario, los técnicos del INTA fueron quienes encararon la articulación de los diversos reclamos, cuya efectividad, como dijimos, estuvo apuntalada por la propia lógica de organización comunitaria que requería la dinámica del programa. De esta forma ellos procuraban defender a los beneficiarios y su acceso a la prestación del Pro-Huerta, y a la vez defendían su propia fuente de trabajo. Las diversas iniciativas encontraron entre beneficiarios y promotores una rápida respuesta y un apoyo incondicional. La principal actividad consistió en hacer llegar el reclamo por escrito a las autoridades federales. Desde todas partes del país comenzaron a enviarse cartas al Ministerio de Desarrollo Social solicitando el mantenimiento del programa. Se presentaron 1200 cartas de organizaciones, legislaturas provinciales y particulares. Ante la falta de respuestas de los funcionarios del gobierno, los técnicos decidieron buscar el patrocinio legal del CELS. Algunos de los técnicos conocían al CELS por su actividad durante la dictadura militar, y por su participación, ya en democracia, en los juicios contra militares implicados en violaciones de derechos humanos, así como más recientemente en diversas causas sobre brutalidad policial, aunque no estaban al tanto de que el organismo desarrollaba un programa legal específico destinado a la protección de derechos económicos, sociales y culturales.

En las primeras reuniones entre los técnicos y los abogados del CELS se estudió la posibilidad de una acción ante los tribunales locales, posiblemente un amparo, tendiente a impedir el recorte sobre la base de la afectación del derecho a una alimentación adecuada.

Luego de recibir la consulta, discutirlo entre el equipo de abogados y analizar las alternativas legales, el CELS estimó que la acción judicial interna tendría muy pocas posibilidades de éxito. En un primer momento

se analizaron diversos escenarios para justificar ese reclamo. Por un lado, se analizó la posibilidad de utilizar la propia lógica del programa como una fuente de obligaciones estatales. En tal sentido, si el programa preparaba a las familias para vivir de una huerta comunitaria y organizar su dieta alrededor de esa huerta, impedir abruptamente a los beneficiarios acceder a las semillas implicaba desentenderse de la necesidad alimentaria que el mismo Estado había creado. El Estado no podía por ello ponerse en contradicción con sus propios actos, de modo de crear un hábito alimentario dependiente de la asistencia pública y luego cortar la asistencia de golpe y sin ningún paliativo, agravando el cuadro original de indigencia que había intentado enfrentar. También se examinó la posibilidad de impugnar por inconstitucional la ley de presupuesto que establecía el recorte, a la luz de su contradicción con el convenio firmado con el Banco. En la Constitución argentina los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, de modo que si el convenio entre el Estado argentino y el Banco era un tratado, la ley de presupuesto que lo contradecía podía ser tachada de inválida y por lo tanto carente de efectos jurídicos. Sin embargo, eran escasas las posibilidades de éxito de estos reclamos ya que la judicatura argentina ha demostrado ser sumamente conservadora a la hora de frenar o controvertir decisiones de la administración en el diseño, ejecución de políticas públicas, o en el uso o distribución de partidas presupuestarias aprobadas por el Congreso.

Otro elemento de peso a la hora de analizar el reclamo contra el Estado en los tribunales fue la alta vulnerabilidad de los beneficiarios, quienes dependiendo en su sustento de la asistencia pública tenían enormes dificultades para demandar formalmente al gobierno. En ese sentido, no existiendo la posibilidad de demandar con reserva de identidad, se estudiaron las diversas vías de acción colectiva, incluyendo la posibilidad del CELS de demandar en defensa del interés afectado.

211

Fueron entonces los propios técnicos los que mencionaron que el programa había solicitado financiamiento al BID. También mencionaron que sabían que el programa guardaba algún tipo de relación con los compromisos asumidos frente al Banco Mundial aunque no estaban seguros de que contara con financiamiento directo del Banco.

Con esos escasos datos el equipo del CELS inició el trabajo de investigación. En el ámbito de la Secretaría de Desarrollo Social se descubrió que el programa aparecía mencionado en el convenio de SSAL. Luego se solicitó a la delegación del Banco Mundial el texto del convenio de crédito de ajuste estructural. La solicitud fue un pedido de información informal y sin mención de los motivos por los cuales se la requería. Los contactos originales fueron entre estudiantes de la Universidad de Buenos Aires -UBA-, que cursan en el CELS la clínica legal en derechos humanos, y que trabajaron activamente en la investigación preliminar, y funcionarios de menor jerarquía de la delegación. Corresponde señalar que no existió problema alguno para

acceder a la información solicitada en esta etapa del caso ante el Banco. Los empleados de la entidad se mostraron absolutamente abiertos a suministrar todos los antecedentes del SSAL y hasta brindaron a los estudiantes asesoramiento sobre los puntos oscuros o de más difícil comprensión. Por el contrario, los pedidos de información referidos a los acuerdos con el Banco presentados en las diversas oficinas del Gobierno, tanto en la Secretaría de Desarrollo Social como en el Ministerio de Economía, resultaron infructuosos.

Con anterioridad a la consulta, los alumnos de la UBA, junto con los abogados del programa sobre exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales del CELS, habían comenzado a analizar el funcionamiento del mecanismo del Panel de Inspección del Banco Mundial. Así fue que al descubrir que el programa era uno de los que integraban la canasta de programas protegidos por el crédito se analizó la posibilidad de intentar la utilización de esta vía.

Cuando se avanzó en la planificación estratégica de las posibles acciones legales ante el Banco, los abogados del CELS junto con algunos estudiantes de la Clínica mantuvieron una serie de reuniones con técnicos del INTA y beneficiarios del programa. En esas reuniones se discutieron los riesgos y ventajas de accionar directamente ante el Banco y los posibles riesgos de que una acción de este tipo podía tener para los propios afectados. Entre las cuestiones que requirieron atención estuvo la posible adopción de represalias por parte de las autoridades del área social contra los técnicos y en especial en contra de los reclamantes, cuyo sustento depende en gran medida del acceso a la asistencia pública. Se decidió entonces que los técnicos estuvieran por completo fuera del reclamo y que los beneficiarios firmantes fueran protegidos por la reserva de confidencialidad.

212

Mientras los abogados del CELS trabajaron en la preparación de la denuncia ante la oficina del Banco, con la asistencia fundamental de los estudiantes de la clínica, los técnicos y los promotores organizaron múltiples reuniones a través de las redes del mismo programa, y distribuyeron un formulario para la adhesión de otros beneficiarios, explicando los alcances de la acción y la protección de confidencialidad. Si bien con un grupo inicial de firmantes considerábamos satisfecho el requisito de legitimación, entendimos que la adhesión de un número mayor de beneficiarios ayudaría a darle mayor sustento social al reclamo. Mientras cinco beneficiarios firmaron la denuncia inicial, 418 adhirieron luego a la presentación.

4. Principales argumentos de la denuncia ante la Dirección Subregional del Banco Mundial

La denuncia original, presentada el 11 de junio de 1999 ante la Dirección Subregional del Banco Mundial en Buenos Aires, apuntaba a requerir la adopción de medidas urgentes ante lo que estimábamos un incumplimiento del Estado argentino de la cláusula social incluida en el acuerdo de crédito.

Luego de describir las características del programa, realizábamos nuestra interpretación del alcance de la “condición social presupuestaria” del acuerdo de crédito. En tal sentido, si bien sabíamos que el Gobierno había presentado al Banco una nota informando que el monto total de la asignación presupuestaria destinada a los programas sociales de la canasta alcanzaba el monto global comprometido de 680 millones de dólares, omitía informar las drásticas reducciones realizadas en algunos de esos programas.

Nuestro argumento era sencillo. El objeto de las cláusulas sociales incorporadas a los préstamos de ajuste estructural es precisamente impedir que la reducción abrupta del gasto fiscal impacte en el gasto social y por consiguiente deteriore la condición de los sectores sociales en mayor desventaja. Cuando el Banco selecciona determinados programas sociales para incorporarlos a la canasta de programas garantizados, realiza junto con el Gobierno un análisis de los sectores que podrían verse perjudicados por el plan de ajuste e identifica el tipo de prestaciones que considera esenciales para mitigar los efectos de las políticas fiscales que ayuda a implementar. En tal sentido, más allá del monto global fijado en la cláusula, cada programa tiene un valor esencial en el marco del acuerdo, pues responde a la identificación de los sectores afectados y el tipo de prestaciones que se desea proteger. Así, aún cuando el gobierno garantice una suma global fijada, debe garantizar también la continuidad de los programas de la canasta, es decir, que sus beneficiarios no se verán privados de la prestación asistencial que los programas prevéan al suscribirse el acuerdo. En tal sentido, bastaría con el incumplimiento de cualquiera de las prestaciones por ellos garantizadas para obstaculizar la efectivización de posteriores desembolsos¹¹. Eso no impide que el gobierno realice cambios en la asignación de las partidas presupuestarias, pero sí le impide recortar los fondos asignados a cada programa de manera tal que se impida su funcionamiento o se ponga de cualquier modo en peligro su continuidad, salvo que demuestre que sigue garantizando las prestaciones fijadas a los sectores sociales originalmente beneficiados por el programa cuyos recursos se limitan.

213

En nuestro caso se argumentaba que el gobierno había incumplido la cláusula social del acuerdo al reducir drásticamente el monto presupuestario asignado al Pro-Huerta hasta condenarlo a su desaparición a mediados del año 1999. Se indicaba que la reducción de fondos tornaba

11. Tal es el sentido que corresponde otorgar a lo dicho por el Banco, en el párrafo 17 del ANEXO V al Informe (ANEXO B), según el cual el SSAL consiste en “...un paquete de reformas en cuatro áreas principales: (...) y primordialmente (d) el paquete de reformas contempla asimismo medidas para garantizar los actuales programas de protección social, que en tiempos de contracción financiera pudieran ser vulnerados, así como avanzar en las reformas en áreas de salud y educación”.

imposible la organización del programa, pues por sus características las prestaciones resultaban esenciales para todos los beneficiarios y no era posible fijar un criterio razonable para escoger sectores que pudieran quedar fuera del alcance de la prestación alimentaria.

Asimismo, se trajeron a colación las conclusiones a las que arribó el Grupo de Trabajo de composición abierta sobre programas de ajuste estructural y derechos económicos, sociales y culturales, en el marco del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas¹², en el que fue tratada la versión inédita del estudio presentado por el Dr. Fantu Cheru sobre los efectos de las políticas de ajuste estructural en el goce efectivo de los derechos humanos¹³. Se subrayó, en tal sentido, el hecho de que “Los programas de ajuste estructural producían dos efectos diferentes: en el nivel económico han traído consigo una importante erosión en los niveles de vida de los pobres”.

Entendimos que el Banco debía asignarle particular relevancia al hecho de haberse reconocido: “(l)a urgente necesidad de promover una cooperación más estrecha entre los gobiernos, los órganos de la Organización de las Naciones Unidas y las instituciones financieras internacionales, en particular el Banco Mundial y el FMI”, encomendándosele al Dr. Cheru vigilar las “(a)cciones e iniciativas que adoptan las instituciones financieras internacionales (...) en relación con las políticas de ajuste estructural y los derechos humanos...”.

214 También se mencionó el informe presentado por el Sr. Windfuhr durante la reunión de seguimiento del ‘Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación’ de la FAO¹⁴, en el que se enunció, dentro de las cinco funciones básicas que debían desempeñar las organizaciones internacionales, la de “respetar, proteger, apoyar y promover el derecho a una alimentación adecuada en sus propias políticas y programas, promover el cumplimiento de las obligaciones de los Estados y prestar su asistencia para hacerlo posible”¹⁵.

En síntesis, en la denuncia ante la Dirección Subregional del Banco se solicitó posponer el desembolso correspondiente al tercer tramo del Acuerdo hasta tanto la República Argentina destinase los fondos suficientes para la continuación del Pro-Huerta. Se arguyó que las cláusulas garantistas previstas en el SSAL debían ser interpretadas como la voluntad manifiesta del Banco de preservar, en todo cuanto fuera posible, las prestaciones sociales indispensables. De esta forma se buscaba mitigar la erosión en el nivel de

12. E/CN.4/1999/51 –ECOSOC– ONU.

13. Publicado en E/CN.4/1999/50 –ECOSOC– ONU.

14. celebrada en la ciudad de Roma, noviembre 18-19, 1998.

15. E/CN.4/1999/45.

vida de los grupos vulnerables, causada por los avatares económicos y la implementación de los ajustes estructurales que el mismo Banco propiciaba.

Presentada la denuncia el 9 de junio, no se obtuvo contestación sino hasta el 23 del mismo mes, fecha en que se recibió un fax de la Dirección Subregional del Banco, a cargo de Myrna Alexander, en el que señalaba que “la situación del presente año tal vez esté afectando el financiamiento de varios programas del Gobierno, incluyendo el Pro-Huerta” y que “el convenio de préstamo no especifica el monto de los fondos que se destinarán a cada programa en particular, sino que se aprueba un financiamiento general para todos los programas”.

Se advertía en la respuesta de la delegación del Banco un tono diplomático, admitiéndose el potencial impacto del ajuste sobre el programa, pero dando a entender al mismo tiempo la imposibilidad de adoptar ninguna medida que pudiera evitarlo. La mención al monto global previsto en la cláusula social del acuerdo parecía exponer una interpretación de la obligación contractual del gobierno en un sentido contrario a la que nosotros habíamos sostenido en la denuncia.

Consecuentemente, el día 24 de junio enviamos un fax a la oficina local del Banco reiterando nuestra posición sobre la seria amenaza que se cernía sobre el Programa y, teniendo en cuenta la cercanía del desembolso, requerimos que nos informasen cuáles serían las medidas concretas a adoptar por esa gerencia. En una entrevista periodística al diario La Nación advertimos que de no obtener respuesta de la oficina local presentaríamos la denuncia ante el Panel de Inspección en Washington. Al no recibir ninguna respuesta a lo expuesto en el mencionado fax, el 15 de julio presentamos directamente en la sede de la Dirección Subregional una nota con la misma comunicación.

215

Como no obtuvimos respuesta, el día 28 de julio de 1999 formulamos la solicitud ante el Panel de Inspección denunciando a la gerencia del Banco por el incumplimiento de las directivas de la entidad durante la supervisión del acuerdo de crédito, considerando que su comportamiento negligente provocaba la inminente finalización del plan alimentario y por consiguiente un perjuicio material directo a los beneficiarios¹⁶.

16. La denuncia se presentó con cierta premura pues sabíamos que era inminente el desembolso de la parte remanente del crédito. Al momento de efectuar la denuncia pensamos que sólo restaba el desembolso del tercer tramo, pero luego supimos que eran dos los tramos pendientes. La denuncia, por la reglamentación del Panel, debía ser presentada antes de que se realizara el último desembolso. De conformidad con el artículo 14 (c) de la Resolución BMRD 93-10/ADI 93-06, del 22 de septiembre de 1993, en la que se concibieron y delimitaron las funciones del Panel, el mismo no se encuentra habilitado para auditar: “Los reclamos que se presenten con posterioridad a la fecha de cierre del crédito que financia el proyecto respecto del cual se formula la petición o con posterioridad a que el crédito que financia el proyecto haya sido substancialmente desembolsado”.

5. Principales argumentos de la denuncia ante el Panel de Inspección del Banco Mundial

Así como en nuestra presentación ante la Dirección Subregional señalábamos el incumplimiento del gobierno, en la denuncia ante el Panel de Inspección apuntamos a la conducta negligente de la gerencia del Banco en el seguimiento y supervisión de las acciones comprometidas por las autoridades argentinas.

Se sostuvo que el texto del acuerdo condicionaba el desembolso de los fondos a que el Banco estuviera satisfecho con el cumplimiento de las acciones previstas en el acuerdo¹⁷. Entre las acciones previstas se mostró claramente que se encontraba el cumplimiento de los programas sociales incorporados a la canasta¹⁸. Este era un punto álgido pues el Banco podía discutir si el incumplimiento de las cláusulas sociales era el tipo de incumplimiento que podía condicionar el desembolso de los tramos de un préstamo de ajuste estructural. Esta posición fue sostenida luego por la Dirección Subregional en su descargo ante el Panel de Inspección. Desde su perspectiva no bastaba con el incumplimiento de una cláusula para frenar el desembolso sino que el convenio debía ser considerado en su totalidad. En nuestra

216

17. Las condiciones para liberar el desembolso del segundo y el tercer tramo del crédito estaban fijadas en el propio convenio. Existían 22 condiciones separadas para autorizar el desembolso del segundo tramo y 26 para el tercero. Estas condiciones estaban vinculadas a un amplio número de objetivos, acciones y políticas destinadas a alcanzar reformas en el área fiscal, financiera, en los sistemas de regulación y en el sector de desarrollo humano.
18. Se sostuvo literalmente: Como fuera puesto en evidencia en el Informe presentado a la Dirección Subregional del Banco, el texto del Acuerdo de crédito en sus cláusulas 2.02 (d) (ii) (C) y 2.02 (e) (ii) (C) condiciona el retiro de fondos de la Cuenta de Préstamo a que "el Banco se encuentre satisfecho, luego de un intercambio de opiniones en la forma prevista en el punto 3.01 del presente Acuerdo y sobre la base de evidencia razonable a criterio del Banco: [...] (C) con el cumplimiento que se haya hecho de las acciones descriptas en la Planilla 3 (4) del presente Acuerdo, en forma y substancia librados a criterio del Banco..." (la traducción, libre es propia) (las itálicas y el paréntesis son propios) (Vid. ANEXO VI al ANEXO B). Ahora bien, las Planillas aludidas (3 y 4) mencionan, respectivamente, la acciones referidas a sendas cláusulas del SSAL., dentro de las cuales quedan comprendidas la "Acciones del Sector de Desarrollo Humano" (Vid. Schedules 3 y 4 del ANEXO VI al ANEXO B). Una de dichas acciones se constituye en el compromiso del gobierno argentino de mantener las partidas presupuestarias correspondientes al año 1999 de los programas sociales listados en el Anexo a la Planilla 3 (al que remite igualmente la Planilla 4), por un monto no inferior a los U\$D 680.000.000 (Vid. Schedules 3 y 4 del ANEXO VI al ANEXO B).

El mentado Anexo a la Planilla 3 contempla un listado de programas sociales que el Banco ha pretendido priorizar en su lucha contra la pobreza y que, dentro del subtítulo referente a los programas de nutrición, contempla (entre otros) al "Programa de Huertas -Pro-Huerta-" (Vid. Schedule 3 del ANEXO VI al ANEXO B), convirtiendo al P-H en un requisito sine qua non de la efectividad de los libramientos de los distintos tramos del SSAL y/o el REPO.

opinión la naturaleza de los préstamos de ajuste estructural determinaba que las cláusulas sociales tuvieran un carácter esencial para la economía del convenio, de modo que el incumplimiento de la cláusula determinaba sin más un incumplimiento del convenio y obligaba a suspender el desembolso¹⁹.

Para argumentar de tal forma procuramos poner en contexto estas cláusulas, apelando a las posiciones públicas que habían mantenido las autoridades del Banco en distintos foros. Así, planteamos que las cláusulas similares a la que aquí se estudia debían ser entendidas en el contexto de lo que el Sr. Wolfensohn ha dado en llamar ‘un desarrollo equilibrado²⁰, idea según la cual el desarrollo sustentable exige “...un esfuerzo total –un programa económico y social equilibrado–”. Ya en su discurso de octubre del 1998 fue reconocida la necesidad de concebir un nuevo esquema de desarrollo en el que se establecieran “...objetivos pertinentes para garantizar la sostenibilidad ambiental y humana, tan fundamental para el éxito a largo plazo del desarrollo y el futuro de nuestro planeta: agua, energía y seguridad alimentaria cuestiones que deben resolverse también a escala mundial”²¹. Consecuentemente, al momento de concertarse el Acuerdo no ofrecía ninguna duda para el Banco la necesidad de nutrir a todos sus programas con cláusulas de salvaguarda que le permitieran llevar a cabo el objetivo de luchar contra la pobreza de acuerdo con la propagación de los incentivos para el desarrollo. Si esto último se consideraba indispensable en los proyectos de desarrollo sustentable lo era aún más para aquéllos otros en los que

19. El argumento no era retórico, sino que procuraba interpretar el alcance de la OD 13.05 juntamente con la OP/BP 13.40 las cuales prevén la suspensión y/o cancelación de la porción correspondiente del crédito, en aquellos casos en que el prestatario no cumpla con los condicionamientos previstos para su desembolso (ver OD 13.05 y OB/BP 13.40, Suspensión of Disbursement, párrafo 2- Suspensión Unrelated to Payment).

20. Confr. “La Otra Crisis”: Discurso del Sr. James D. Wolfensohn, Presidente del Grupo Banco Mundial, frente a la Junta de Gobernadores. Washington, D.C., 6 de octubre de 1998.

21. Idem nota 11. Se dijo también: “Hemos aprendido, señor Presidente, que se necesita un equilibrio. Debemos tener en cuenta los aspectos financieros, institucionales y sociales. Debemos aprender a entablar un debate en que las matemáticas no valgan más que las razones humanitarias, en que la necesidad de cambios, con frecuencia drásticos, sea compatible con la protección de los intereses de los pobres. Sólo entonces llegaremos a soluciones sostenibles [...]. Observamos que en la economía globalizada de nuestros días los países pueden avanzar hacia la economía de mercado, pueden privatizar, pueden acabar con los monopolios, y pueden reducir las subvenciones estatales, pero si no combaten la corrupción y adoptan prácticas razonables de gobierno, si no introducen sistemas de protección social, si no logran el consenso social y político entorno a la reforma, si no consiguen el apoyo de la población, su desarrollo corre peligro y no durará [...] pero si marginan a los pobres, si marginan a las mujeres y a las minorías indígenas, si no adoptan una política de inclusión, su desarrollo corre peligro y no durará”.

se instrumentaban programas de ajuste estructural, por cuanto, tal como el Banco lo reconoce en su Directiva Operacional 4.15, los costos de transición de las políticas de ajuste suelen afectar adversamente a los estratos más pobres. De allí que “en los programas de ajuste financiados por el Banco se incluyan medidas para proteger a los grupos más vulnerables de las mermas de consumo y goce de servicios sociales –con particular reparo en la alimentación y seguridad nutricional– en el contexto de un gasto público acordado para tales programas”.²²

En línea con lo expuesto, sostuvimos que para el Banco Mundial el gasto público suponía un elemento de relevancia en toda operación de ajuste y que “dentro del paquete total de gasto, dado por el marco económico, debían realizarse esfuerzos especiales para salvaguardar, e incrementar cuando fuera apropiado las asignaciones presupuestarias para asistencia básica a la salud, nutrición y educación, incluyendo los programas que benefician a los grupos más vulnerables de entre los pobres”²³. Ahora bien, prevista en el SSAL la canasta de programas sociales garantizados, entre los que se encuentra el Pro-Huerta, surgía incuestionable la responsabilidad de la gerencia del Banco de cerciorarse sobre el cabal cumplimiento de las condiciones para el acceso al crédito. Lo dicho encuentra fundamento en la directiva mencionada, OD 4.15, que prescribe que: “dada la naturaleza crítica de las instituciones para el éxito de las operaciones con un fuerte énfasis en la ayuda a los pobres, el plan de supervisión del proyecto tendrá necesidad de una fuerte focalización institucional. Donde los proyectos contemplen la prestación específica de servicios a un universo de gente pobre, el sistema de monitoreo y evaluación deberá emplearse a) para evaluar si tales servicios alcanzan verdaderamente al grupo de referencia [...] y b) para identificar los ajustes necesarios al diseño del proyecto que permitan incrementar su efectividad y eficiencia a efectos de alcanzar a tales grupos”²⁴.

218

Por eso señalábamos que la falta de acción de la Dirección Subregional para impedir el desembolso era un incumplimiento de las directivas del Banco sobre supervisión de proyectos. En este punto señalamos que los hechos denunciados constituyan violaciones de las disposiciones pertinentes y de las siguientes políticas operacionales del Banco: OD 4.15, Reducción de Pobreza; OD 13.05, Supervisión de Proyectos; OP/BP 10.70, Monitoreo y Evaluación de Proyectos; OP/BP 13.40, Supervisión de Desembolso y OP/BP 17.50, Declaración de Información Operacional.

22. párrafo 25; Social Costs of Adjustment OD 4.15.

23. párrafo 24; OD 4.15).

24. Ver párrafo 42; OD 4.15.

Describir cada argumento vinculado a estas normas del Banco excede el objeto del capítulo, pero basta señalar en lo principal que, en nuestra opinión, la propia posición ambigua sostenida por la gerencia al contestar nuestro requerimiento original evidenciaba la falta de control sobre la situación de cada programa. Como se recordará, la oficina del Banco por toda respuesta nos dijo que “la situación del presente año tal vez esté afectando el financiamiento de varios programas del Gobierno, incluyendo el Pro-Huerta”. Sostuvimos que el recorte de las asignaciones presupuestarias destinadas a los programas sociales se remontaba a la aprobación y promulgación de la ley de presupuesto en diciembre de 1998. De haber sido realizada diligentemente la supervisión de la que dan cuenta las directivas mencionadas²⁵, la Dirección Subregional hubiera podido constatar con anterioridad al mes de marzo del año 1999 la merma sustancial de los fondos destinados al financiamiento del Pro-Huerta. Esto implicaba que la gerencia no había cumplido con su deber de identificar los obstáculos que podrían haber ido surgiendo durante la ejecución del acuerdo de crédito²⁶, considerando que, como expusimos, uno de los objetivos centrales del SSAL era precisamente la preservación de los grupos sociales vulnerables. Al mismo tiempo se indicaron cuales eran, a nuestro criterio, las actividades que hubiera debido desarrollar la oficina local del Banco en el monitoreo y evaluación eficiente del convenio. En tal sentido, se hizo hincapié en que resultaba esencial para un monitoreo preciso del cumplimiento de las metas sociales el establecimiento de contactos con los sujetos beneficiarios²⁷. En el caso del Pro-Huerta, aún cuando el número de beneficiarios es considerable, la propia organización del programa hubiera facilitado el contacto con los promotores regionales y con los centros de reunión de los beneficiarios en todo el país. Sin embargo, en ninguna oportunidad la gerencia tomó contacto con ellos a fin de enterarse de lo que estaba sucediendo, ni siquiera con posterioridad a la recepción de nuestra denuncia.

219

6. Reacciones de los diversos actores posteriores a la denuncia e informe del Panel de Inspección

La gerencia del Banco no fue notificada formalmente por el CELS de la presentación de la denuncia ante el Panel de Inspección. Recién tomaron conocimiento de esta presentación los primeros días del mes de agosto de una manera casual. En el marco de un seminario sobre mecanismos de participación de la sociedad civil en el Banco Mundial,

25. OD 13.05 párrafo 1, inc. (a); OP/BP 10.70, párrafo 3.

26. OD 13.05 párrafo 1, inc. (b).

27. OP/BP 10.70, párrafos 14 y 16.

organizado por la Dirección Subregional, un abogado del CELS contó en un panel el caso del Pro-Huerta y concluyó informando la presentación de la denuncia en Washington. Una funcionaria del Banco que coordinaba el debate lo interrumpió frente al público y le recriminó que no hubiéramos advertido de esta presentación a la oficina regional. Luego de este incidente, se comunicó desde ese mismo lugar con la Directora Myrna Alexander y poco después le aseguró al abogado del CELS que ésta se encargaría del asunto en lo inmediato. Unos días más tarde, la misma funcionaria comunicó por teléfono al CELS que la Directora había mantenido una reunión con el Jefe de Gabinete de Ministros, Jorge Rodríguez, en la que el gobierno se había comprometido a brindar fondos adicionales al programa. En efecto, el 27 de agosto de 1999 se publicó una resolución firmada por Rodríguez que asignaba al Pro-Huerta 3 millones de dólares adicionales, reasignando fondos provenientes de los remates de la Aduana. A esta partida se sumó otra asignación de 1,5 millones de dólares que dispuso la propia Secretaría de Desarrollo Social a partir de un reordenamiento de los fondos disponibles en su área. Así, a menos de un mes de presentada la denuncia en el Panel de Inspección, fueron asignados al programa 4,5 millones de dólares adicionales.

Si bien no contamos con información fehaciente para analizar lo sucedido en el ámbito de la gerencia local y del gobierno, es posible realizar algunas especulaciones a partir de la lectura de la situación política en cuyo contexto se produjeron los hechos y del comportamiento posterior de las propias autoridades del Banco.

220

Es evidente que la reacción de los funcionarios de la oficina Subregional siguió a la presentación de la denuncia en Washington y no fue consecuencia de nuestro informe original presentado en junio. Enteradas de la intervención del Panel, las autoridades exigieron al Gobierno la reparación de la situación con fondos que debían estar disponibles antes de efectuar su descargo ante el mecanismo de control. En tal sentido, al informar al Panel las actividades de supervisión realizadas, a modo de descargo ante la denuncia, la Directora Alexander sostuvo que estos esfuerzos de supervisión habrían comenzado el 6 de julio de 1999 y que fue gracias a esos esfuerzos de supervisión que el gobierno decidió autorizar los fondos adicionales. Si bien no es posible afirmar que tal versión de los hechos resulte falaz, sí puede conjeturarse que de haber existido gestiones importantes o exitosas realizadas en el mes de julio éstas hubieran sido notificadas a los denunciantes a fin de impedir la presentación en el Panel. Es sugestivo que la única gestión de la Directora Alexander que nos fue notificada fue su reunión con el Jefe de Gabinete en el mes de agosto, luego de que la oficina se enterara de que el Panel había tomado intervención, siendo también de agosto la resolución del funcionario que dispone fondos adicionales para el programa.

Con relación al comportamiento del gobierno, resulta indudable que el éxito de la acción tiene directa vinculación con la vulnerabilidad financiera de la Argentina. Ello no significa que cualquier gestión del Banco destinada al cumplimiento del convenio hubiera sido igualmente exitosa, ni que el gobierno careciera de todo margen de discusión sobre las recomendaciones del Banco relativas al cumplimiento del convenio. Lo cierto es que al momento de presentar la denuncia al Panel, el Banco tenía pendiente el desembolso de dos tramos del SSAL por un monto aproximado de 1.500 millones de dólares. En medio del ajuste fiscal en marcha y con el telón de fondo de la inestabilidad de la economía nacional, cualquier rumor sobre una demora en la llegada de ese dinero fresco a las arcas públicas hubiera hecho temblar a los mercados y agravado la situación. Los fondos adicionales para el Pro Huerta, en ese contexto político, resultaban un costo ínfimo ante el riesgo de una suspensión o postergación del desembolso del préstamo.

Es interesante señalar en este punto que la presentación ante el Panel no sólo desencadenó la presión de la oficina local sobre el gobierno, sino que al mismo tiempo ayudó a apuntalar la posición de los sectores del propio gobierno que pugnaban por mayores fondos para el programa, en particular funcionarios del INTA y de la Secretaría de Desarrollo Social. Este ámbito del Estado, en contacto directo con los beneficiarios, había venido recibiendo cientos de cartas y reclamos por la situación del programa. En tal sentido, la intervención del Banco ayudó a fortalecer la posición de las autoridades del área social frente a la postura fiscalista del área económica.

221

Como dijimos, al formular su descargo ante el Panel, el 13 de septiembre de 1999, la gerencia informó que se habían asignado 3 millones de dólares adicionales gracias a su propio esfuerzo de supervisión. Paradójicamente omitió informar que también se habían asignado otros 1,5 millones, lo que ponía al descubierto que las fallas de supervisión no habían sido superadas. La oficina reconoció que en el primer semestre del año se habían gastado 3,8 millones de los 4 millones asignados presupuestariamente al Pro-Huerta, lo que, de conformidad con lo dicho en la denuncia, amenazaba la continuidad del programa. Al mismo tiempo, la gerencia realizó algunas consideraciones destinadas a impedir la apertura o "elegibilidad" del caso. En síntesis, se argumentaba que los beneficiarios de los programas sociales garantizados carecerían de legitimación para denunciar, pues no podía considerarse que fuesen víctimas de políticas concretas del Banco, ni que la reducción presupuestaria hubiera tenido un efecto materialmente adverso a sus intereses. En tal sentido, la gerencia objetó la reserva de identidad pues entendió que dicha reserva le impedía verificar si los solicitantes eran efectivamente beneficiarios del programa aludido, y si estaban recibiendo prestaciones equivalentes de otros programas. Al mismo tiempo sostuvo que no habían existido

fallas de supervisión y que no era posible sugerir la suspensión del desembolso por la sola reducción del presupuesto del programa, ya que esta medida excepcional requería analizar en su conjunto todo el convenio con el propósito de evaluar el grado de cumplimiento de las acciones previamente fijadas al contratar. Además, negó al Panel de Inspección competencia para entender en el caso de denuncias por incumplimiento de cláusulas del SSAL²⁸.

El Panel de Inspección realizó una visita *in loco* a la Argentina en el mes de noviembre de 1999. La visita del Panel contó con la presencia de su Presidente Jim Mac Neil, en compañía del miembro del Panel, Maartje Van Putten y el secretario ejecutivo Eduardo Abbott. Entrevistó a los beneficiarios y visitó algunas huertas comunitarias en el conurbano de Buenos Aires y dialogó con las autoridades de la Dirección Subregional y del CELS. Fue en ese viaje que el Panel tomó conocimiento de que el programa había recibido 1,5 millones de fondos provenientes de la Secretaría de Desarrollo Social, lo que jamás había sido notificado por la oficina local. No se trataba de un hecho menor ya que esta oficina había informado que con los 3 millones asignados por la Jefatura de Gabinete el problema se había superado y que por tal motivo no había formulado objeción alguna al desembolso del segundo tramo del crédito en el mes de septiembre de 1999.

En el mes de diciembre el Panel emitió su informe sobre el caso. Procuraremos mencionar los que entendemos son los principales puntos de este informe y que podrían servir como precedentes para otros casos.

222

El Panel de Inspección considera que la denuncia reúne los requisitos de elegibilidad para la apertura de un caso.²⁹

El primer aspecto de este pronunciamiento es que el Panel reconoce expresamente su competencia para entender en un caso en el cual se denuncia el incumplimiento de directivas del Banco vinculadas a la supervisión de cláusulas sociales de garantía en préstamos de ajuste estructural. En este punto corresponde señalar que una cuestión

28. Estos argumentos del descargo surgen expresa o implícitamente de la lectura de los considerandos del Informe final del Panel de Inspección. Cuatro días antes de presentar el descargo, fue realizado el desembolso del segundo tramo del crédito. La oficina justificó el desembolso en que a esa altura ya se habían garantizado fondos adicionales para el programa.
29. El concepto de elegibilidad hace referencia a la admisibilidad de la denuncia o reclamo en tanto cumpla con los requisitos indispensables para su formulación (agotamiento de instancias previas, presentación tempestiva, existencia de perjuicio para los reclamantes, etc.)

conflictiva era la determinación de la legitimación de los beneficiarios para denunciar en calidad de afectados el caso ante el Panel. Una característica particular de este caso es que quienes denuncian no se ven afectados directamente por una acción del Banco o por una acción de un gobierno diseñada o patrocinada por el Banco, sino que el perjuicio deriva de una acción del gobierno en incumplimiento de lo acordado con el Banco, de modo que la responsabilidad de la gerencia local proviene de no haber controlado o supervisado la acción del gobierno prestatario. Si usáramos para el Banco el análisis de la responsabilidad internacional de los Estados en los sistemas de derechos humanos, diríamos que no se trata de una responsabilidad directa sino indirecta, es decir que no causa directamente el perjuicio con su accionar, sino al no haber impedido que la acción de otro (en este caso el gobierno) provoque el perjuicio. Como cuando un Estado viola un tratado de derechos humanos por no haber adoptado las diligencias necesarias para impedir que un actor no estatal impida, limite o afecte de alguna manera el goce de un derecho humano.

La gerencia en su descargo discutió la legitimación de los beneficiarios para presentar la denuncia. El Panel sostiene en el informe que los recaudos de elegibilidad se encuentran satisfechos en este punto por cuanto los solicitantes son beneficiarios del programa Pro-Huerta “y podrían sufrir perjuicios si el programa llegara a su fin y fueran dejados sin ningún otro tipo de asistencia nutricional”. De tal modo, el Panel admite la legitimación a la luz de que una violación sería de las políticas y procedimientos operativos del Banco podría tener en este caso un efecto materialmente adverso para los solicitantes, tal como verse privados de la prestación alimentaria brindada por el programa, sin recibir una prestación sustitutiva.

223

Otro punto que merece mención es la admisión por el Panel del pedido de confidencialidad. La gerencia en su descargo había objetado este punto por entender que impedía examinar los aspectos críticos de elegibilidad de los denunciantes. El Panel sostiene que no garantiza anonimato sino confidencialidad mediante la reserva de identidad y eventualmente del contenido de cierta correspondencia para resguardar la identidad de los solicitantes. “Sugerir que el Panel deba divulgar sus nombres a la gerencia para posibilitarles se explaye sobre la elegibilidad -sostiene el Panel- revela un sorprendente y preocupante nivel de desconocimiento de esta parte del proceso”. Y agrega que: “este Panel es el que de conformidad con la Resolución determina si una solicitud es elegible o no -con sujeción, por supuesto, a la aprobación del Comité-”.

Según el Panel, la labor de supervisión y monitoreo de la gerencia del Banco con relación al cumplimiento de la cláusula social parece haberse limitado a la revisión de las sumas asignadas en el presupuesto federal para la totalidad de los programas sociales del listado fijado en el acuerdo de crédito. En el caso del Pro-Huerta, dice, “ningún intento fue

hecho para contactar al organismo de ejecución o beneficiarios del programa para evaluar si las asignaciones presupuestarias propuestas resultaban suficientes para el sostenimiento del programa durante el transcurso del ejercicio fiscal". En efecto, afirma el Panel, "tanto la gerencia como los funcionarios del gobierno reconocen el hecho de que el Banco urgió a las autoridades de Argentina a pasar revista al presupuesto del programa Pro-Huerta tan sólo luego de que el CELS, en nombre de los solicitantes, hubiera traído el hecho a su conocimiento". También le recrimina a la gerencia que no estuviera al tanto de que una suma adicional de 1,5 millones de dólares provenientes de ingreso de lotería hubiera sido asignada al programa por la Secretaría de Desarrollo Social. Esta asignación, sostiene el Panel, fue esencial para la subsistencia ininterrumpida del programa, desde que resultaba imperioso la adquisición de semillas con anterioridad al inicio de la temporada de siembra. Cabe señalar que la gerencia había autorizado durante la tramitación del caso el desembolso del segundo tramo del SSAL, aún ignorando este aporte presupuestario esencial, lo que ponía en evidencia las serias deficiencias de la supervisión.

El Panel considera que al momento de emitir su informe el programa Pro-Huerta cuenta con un financiamiento adecuado para asegurar sus operaciones durante el corriente año, sobre la base de la información relevada de los propios implicados. Asimismo, el Panel fue informado de que existían intenciones de mantener el Pro-Huerta durante todo el período de tiempo cubierto por el SSAL. Además, la protección de los programas sociales sería cubierta en cualquier acuerdo vinculado con la extensión de la fecha de cierre del SSAL. Por ello, sostiene, "el daño potencial correctamente temido por los solicitantes cuando interpusieran la solicitud de inspección -la cual se basó en la información disponible a tal fecha- parece haber sido evitado tanto por sus propias acciones mediante la interposición de la solicitud como por la reacción favorable subsiguiente de las autoridades argentinas y la gerencia del Banco". Por ello no recomienda la investigación del caso, agregando que a su entender "un diálogo más abierto entre la gerencia y el CELS, en su carácter de representante de los entonces potenciales solicitantes, dentro de los márgenes de las políticas del Banco que favorecen la información, podría posiblemente haber evitado la necesidad de interponer la solicitud de inspección.

7. Algunas conclusiones

Es indudable que el caso abre la vía del Panel de Inspección como un mecanismo internacional que en determinadas circunstancias particulares puede actuar para la tutela o protección de intereses sociales cubiertos por los sistemas de asistencia pública, tales como las prestaciones alimentarias. En este sentido, la afirmación de competencia del Panel y su postura sobre la legitimación de los beneficiarios de programas sociales viene a reforzar indudablemente el

impacto de las cláusulas que condicionan los acuerdos de crédito para ajuste estructural al cumplimiento de determinadas prestaciones destinadas a paliar situaciones de pobreza extrema.

El caso muestra además cómo el mecanismo del Panel y la solicitud de retención de desembolsos puede desencadenar una fuerte presión sobre los gobiernos prestatarios en un sentido opuesto al tipo de presiones que habitualmente reciben de la banca multilateral. La misma relación de fuerzas que suele motorizar los profundos ajustes fiscales y las reformas estructurales con impacto directo en el aumento de la desigualdad y la pobreza puede ser utilizada, como en este caso, para impedir la evasión de los compromisos sociales. El escenario se vería incorrectamente descripto si nos limitáramos a analizar simplemente el vínculo entre el gobierno prestatario y el Banco. Como vimos, la denuncia e intervención del Panel de Inspección provocó diversas reacciones en la gerencia local y en las distintas esferas y áreas del gobierno, y fue la dinámica de todos estos actores con intereses diferenciados, sumada a la movilización social de los beneficiarios organizada sobre las propias redes de acción del programa, lo que culminó en la aprobación de los fondos adicionales.

Sin embargo, el éxito de la acción y las posibilidades del mecanismo de reclamo en Washington no puede hacernos perder de vista las limitaciones que enfrentamos a la hora de hacer valer frente a los Estados los derechos sociales de quienes sufren la pobreza y la circunstancia de que muchas de estas limitaciones tienen que ver con la propia lógica de las políticas públicas impulsadas por el Banco a través de sus operaciones de crédito. Es paradójico que los beneficiarios del programa social garantizado en el acuerdo debieran reclamar al Banco bajo reserva expresa de su identidad a fin de evitar represalias del gobierno del que reciben esos beneficios que procuraban defender, y que las posibilidades de demandar ante los tribunales domésticos por la conducta de las autoridades fueran escasas o nulas. La Argentina, como muchos otros países que reciben apoyo financiero del Banco, impulsó en la última década procesos de reforma económica basados en los principios del ajuste estructural, en función de los cuales se apuntó el desmantelamiento de los mecanismos de protección de derechos característicos del modelo del Estado de bienestar. La reforma de signo regresivo de la legislación laboral y la privatización y precarización de los sistemas de seguridad social fueron el rasgo típico de estos procesos. Junto al desmantelamiento de estos componentes de protección social de tipo universal, proliferaron los programas asistenciales focalizados que apuntaron a garantizar beneficios básicos a la población indigente, los más pobres entre los pobres. En tal sentido, las políticas sociales bendecidas y patrocinadas por el Banco cambiaron derechos sociales que tenían cierto grado estimable de exigibilidad por beneficios sociales

Victor Abramovich

sujetos a la mera decisión discrecional de la administración pública. De allí que la posibilidad de los beneficiarios de defender las prestaciones asistenciales que reciben es mínima. En el caso del Pro-Huerta no es posible afirmar que estuviera en juego un derecho subjetivo a la alimentación, sino tan sólo un beneficio asistencial integrado por una prestación de índole alimentaria. Para acceder a la ayuda del gobierno hay que “calificar” como indigente, y defender el beneficio expone a quienes reclaman al riesgo de perderlo todo. Este tipo de política social tiende indudablemente a profundizar la estigmatización y la marginalidad de vastos sectores de la población y lleva en definitiva a debilitar a la sociedad y a cada ciudadano en su posibilidad de controlar y reclamar al Estado. En este contexto, los mecanismos de supervisión internacional como el Panel de Inspección y las cláusulas sociales de garantía en los préstamos de ajuste estructural, aunque de enorme valor, están muy lejos de poder compensar el desamparo originado por la fragilidad de los derechos como saldo de las propias políticas que el Banco impulsa.

El caso Bloque 24: una lucha por la exigibilidad de los derechos indígenas en la selva amazónica ecuatoriana *

Mario Melo Cevallos**

Síntesis de la Ponencia

La lucha emprendida por los pueblos indígenas shuar y achuar de la selva amazónica ecuatoriana, por evitar que transnacionales petroleras ingresen a los bosques húmedos tropicales que constituyen su territorio ancestral, es un ejemplo emblemático de que los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos en instrumentos internacionales y en las legislaciones nacionales, sólo encuentran vigencia real en la medida en haya organización y tejido social para exigirlos en la arena de la incidencia política y la administración de justicia.

La designación de un bloque petrolero dentro de territorio indígena, sin que haya precedido un proceso mínimo de información y consulta a las comunidades afectadas y luego la política de relaciones comunitarias desarrollada por la empresa adjudicataria del Bloque, violatoria de los derechos básicos a la organización, a la autodeterminación y a la territorialidad de los pueblos shuar y achuar, son el marco dentro del que se desarrolla el conflicto.

227

La estrategia fundamental de los pueblos indígenas shuar y achuar para que los derechos colectivos que la Constitución del Ecuador y los instrumentos internacionales les reconocen, sean efectivamente exigibles frente al accionar del Estado y de las transnacionales petroleras que han pretendido explotar el Bloque 24, ha sido combinar el fortalecimiento de su capacidad organizativa para presionar por sus intereses frente a los decisores políticos, con las demandas judiciales ante instancias de justicia nacionales e internacionales que den un respaldo jurídico a la lucha política por los derechos.

Acciones de incidencia política y justiciabilidad en el marco de una estrategia de exigibilidad de los derechos indígenas.

- * Este Trabajo presentado en el Seminario sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame, en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México. 26 de julio de 2002- recoge y complementa varios otros elaborados por el Área Amazonía de CDES.
- ** Abogado. Master en Derecho Ambiental , Universidad del País Vasco. Coordinador del Área Amazonía de CDES.

I. Información de Contexto

A partir de los inicios de la década de los 70 del siglo XX, Ecuador deja de ser un país de economía predominantemente agraria para convertirse en país petrolero, dependiente de las exportaciones de hidrocarburos para el financiamiento de alrededor del 40% del Presupuesto General del Estado. En ese lapso, de algo más de treinta años al que se suele llamar “el boom petrolero”, las condiciones de vida de la población ecuatoriana caen dramáticamente. Al empezar la era petrolera el Ecuador era un país con casi un 50% de su población bajo la línea de pobreza, un subempleo del 15% y una deuda pública de 0.24 billones de dólares. Treinta años después, la pobreza llega a un 70%, el subempleo al 71 % y la deuda pública a 16 billones de dólares (Jochnick,2000).

La actividad petrolera en el Ecuador se concentra en la zona norte de la Amazonía, provincias de Sucumbíos, Orellana y Napo, de donde el recurso es explotado con el criterio depredatorio de extraer la mayor cantidad posible, en el menor tiempo y al menor costo posibles. La riqueza se transfiere de los sitios de producción en la Amazonía a los mercados internacionales en donde el mineral se convierte en dinero para ser distribuido inequitativamente una parte a favor de los intereses petroleros transnacionales que transfieren los beneficios hacia las metrópolis, otra parte a favor del Estado, que en principio invirtió las rentas del petróleo en la “modernización” de Quito, Guayaquil y otras urbes menores, y ahora transfiere dichas rentas a los mercados internacionales de capital, como servicio de la deuda externa.

228

Para la región de la que se extrae el recurso, la actividad petrolera, deja solamente los impactos negativos. Por ejemplo, la petrolera Texaco operó en el Ecuador entre 1964 y 1990, 15 campos petroleros, 22 estaciones de producción y 339 pozos, extrayendo 1'434.000.000 barriles de petróleo con criterios de mínima inversión y máxima ganancia. Algunos de los daños que provocó son: 16.8 millones de galones de petróleo regados en ríos y esteros; 20 billones de galones de agua tóxica derramados en ríos y esteros; 235.000 millones de pies cúbicos de gas quemados a cielo abierto¹. A partir de la salida de Texaco, la operación petrolera a cargo de la empresa estatal ecuatoriana y las contratistas transnacionales continúa provocando alarmantes impactos contra el ambiente y la salud de los habitantes de la región.

Desde el año 2001, el Estado Ecuatoriano se encuentra impulsando la construcción de un nuevo oleoducto para crudos pesados (OCP) con el fin de posibilitar la incorporación de la extensa zona centro-sur de la

1. Frente de Defensa de la Amazonía, 2001.

Amazonia Ecuatoriana a la actividad petrolera. Este megaproyecto ha recibido intensas críticas por parte de las comunidades que son afectadas a lo largo de la ruta. Correlativamente se observa que el gobierno ha adoptado una estrategia de represión y criminalización de la protesta y la reivindicación de derechos para enfrentar las protestas contra el OCP. Desde insultos públicos por parte del propio Presidente de la República a los grupos ecologistas y de pobladores locales que se oponen a la obra, hasta el encarcelamiento de los afectados y la expropiación de los predios por donde pasa el derecho de vía han sido los mecanismos favoritos del régimen.

Paralelamente, el Ministerio de Energía con el financiamiento del Banco Mundial y a través de la consultora Price Waterhouse Coopers ha emprendido la elaboración de un Reglamento de Consulta para actividades petroleras dentro de territorios indígenas y de otras comunidades. Dicho proceso ha sido señalado por las organizaciones indígenas y ambientalistas como excluyente y no participativo. Esperamos la entrega de productos por parte de la consultora para pronunciarnos al respecto.

II. El Bloque 24: de territorio indígena a bloque petrolero

Ubicado en la zona conocida como Transkutukú, centro-sur de la Amazonía Ecuatoriana, provincias de Pastaza y Morona Santiago, cantón Taisha, el Bloque Petrolero 24 comprende una extensión de 200.000 has. Corresponde a una zona de bosques tropicales amazónicos en muy buen estado de conservación que forman parte del territorio ancestral de los grupos étnicos shuar y achuar.

229

El conflicto tiene su origen cuando los intereses extractivistas del Estado Ecuatoriano y de las transnacionales petroleras ponen sus ojos sobre esta porción de selva, lejana a la región donde hasta ahora se ha concentrado la actividad hidrocarburífera en el Ecuador. El 70% del territorio de la FIPSE pasa a ser designado como “bloque petrolero”, sale a licitación (octava ronda petrolera) y es adjudicado a la transnacional ARCO, sin que a los legítimos propietarios ancestrales del suelo que pretenden ocupar, perforar, manchar y contaminar para extraer el crudo, hayan sido siquiera informados, menos consultados.

El 27 de abril de 1998 ARCO ORIENTE firma un contrato de participación con el Estado Ecuatoriano para la exploración y explotación de petróleo en el Bloque 24.

Se dice que en la década de los 40, Shell realizó trabajos de prospección en la zona, habiendo, incluso, abierto de uno a tres pozos exploratorios con resultados que no son de dominio público. Quizá ese

antedecedente constituye un aliciente extra para que la transnacional Arco haya querido emprender un proyecto de exploración en esa remota región tan alejada de los yacimientos actualmente identificados y de la infraestructura de transporte disponible en Ecuador.

El ingreso de la compañía ARCO encontró, por su parte, a la población aborigen inmersa en un proceso organizativo de larga data.

FIPSE, la Federación Independiente del pueblo shuar del Ecuador, organización cuyo territorio es el más afectado por la asignación del Bloque 24, empezó su proceso organizativo en 1962 cuando formaron la Asociación de Desarrollo de Jíbaros del Oriente Ecuatoriano (ADJOE) como un mecanismo para la protección de los territorios de las comunidades shuar evangelizadas por misioneros protestantes, frente a la colonización masiva.

En 1970 esta organización se transforma en AIPSE, Asociación Independiente del pueblo shuar del Ecuador e impulsa la constitución de subsedes como organizaciones de base y la delimitación de las tierras con miras a su legalización. En 1990 se constituye la FIPSE y las subsedes pasan a ser asociaciones, organismos de segundo grado que aglutinan a varias comunidades. Los estatutos de FIPSE son aprobados por el Ministerio de Bienestar Social, alcanzando el reconocimiento oficial de su personalidad jurídica, en 1996, durante el gobierno de Abdalá Bucaram².

230 De igual manera, el proceso organizativo de FICSH, Federación Interprovincial de Centros Shuar, la organización mayoritaria del pueblo shuar, se origina en la misma época, con la constitución de la Asociación de Jíbaros de Sucúa que en 1963 da paso a la poderosa Federación Interprovincial de Centros shuar achuar del Ecuador, FICSHA, a la que se suele señalar como la primera gran federación indígena de la región andino amazónica y motor de la constitución, primero de CONFENIAE y luego de CONAIE. Con posterioridad, el pueblo achuar decide constituir su propia organización dando paso a la Federación Interprovincial de Pueblo Achuar del Ecuador FINAE.

El movimiento indígena nacional se viene configurando como un actor social protagónico de los procesos políticos en el Ecuador desde 1991, a partir de una marcha-levantamiento de las nacionalidades indígenas amazónicas hacia Quito para reclamar, precisamente, la legalización de su territorio ancestral. Desde entonces, el peso de la organización indígena en los escenarios políticos nacionales ha ido en aumento.

2. Maiche: 1999. Declaración Pública. Archivo de CDES.

Por otro lado, la opinión pública a nivel global y nacional, se ha vuelto mucho más permeable en los últimos veinte años, al discurso del desarrollo sustentable, basado en el respeto a la integridad ambiental y a los derechos de la comunidad. Las posiciones ambientalistas y ecologistas así como las de promoción de los derechos indígenas han ido adquiriendo peso específico progresivamente en el debate mundial, con sus implicaciones claras en lo nacional.

La aprobación y puesta en vigencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, constituye un importante hito dentro de este reconocimiento universal de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En el Ecuador, estos avances legislativos a nivel internacional encuentran su expresión en la Asamblea Nacional Constituyente de 1998 que elabora una Constitución Política de la República en la que se reconocen importantes derechos ambientales y colectivos, especialmente vinculados con la integridad territorial de las poblaciones indígenas, la consulta obligatoria a las comunidades frente a las decisiones estatales con impacto ambiental y la introducción de mecanismos expeditos de justiciabilidad frente a la inobservancia de las garantías, como el Amparo Constitucional y el Habeas Data.

En definitiva, los promotores del extractivismo han ido encontrando obstáculos políticos que han hecho cada vez más complicado perpetuar el esquema autoritario de toma de decisiones. Esto se expresa, en el caso del Bloque 24, en una cerrada oposición por parte de las organizaciones indígenas al ingreso de la empresa en su territorio.

231

El argumento central de los indígenas para oponerse a las actividades petroleras en su territorio tiene que ver con el antecedente inmediato e innegable de lo que ha sucedido y sigue sucediendo en el nororiente ecuatoriano, donde la explotación de petróleo ha estado directamente vinculada a la violación de derechos y el deterioro de la calidad de vida de las poblaciones originarias. Pese al importante precedente global de exigibilidad de los derechos que constituye el Caso Texaco y las luchas sostenidas por las comunidades afectadas por la explotación petrolera en el Nororiente ecuatoriano que han obligado a mejorar estándares ambientales y sociales a la actividad, ninguna señal en la política petrolera ecuatoriana hace confiar en que las condiciones del negocio petrolero hayan mejorado sustancialmente.

Sin embargo, para sostener su posición, los indígenas encontraron, en principio, claros límites marcados por la debilidad interna de sus organizaciones. La empresa reeditó una clásica estrategia de relaciones comunitarias: acudir a las organizaciones de base con obsequios y promesas, pasando por alto las instancias organizativas de segundo y

tercer grado, frente a las cuales se lanza, simultáneamente, una campaña de desprestigio acusando a sus dirigentes de corruptos, despreocupados de los intereses de las bases y poco representativos. Las comunidades, con menos acceso a información y ávidas de beneficios tangibles e inmediatos, suelen mostrarse propensas a legitimar la presencia de las transnacionales a través de la firma de convenios claramente leoninos en su contra, y quebrando la unidad interna de sus federaciones.

Para FIPSE, los efectos de esta estrategia generaron fuertes tensiones al interior de la organización hasta ponerla a puertas de un fraccionamiento. Tres Asociaciones, Kusutka, Iñiayua y Achunts, incluso accedieron, en febrero de 1999, a celebrar un Convenio con la empresa (Arco Inc.) a través del cual consentían en establecer un comité de coordinación para “llevar adelante el desarrollo del proyecto bloque 24”. A cambio, aceptaron recibir de la empresa dinero en efectivo, brigadas médicas y vuelos de avioneta.³

Dicha tentativa de quebrar la organización por parte de la empresa, fue -paradójicamente- determinante para desatar un proceso de fortalecimiento interno de la organización por parte de la dirigencia. Entre las estrategias se incluyeron, en primer lugar, la socialización de la discusión del tema en las propias comunidades afectadas, promoviendo su participación efectiva en la definición de la línea política a ser seguida; y en segundo lugar, explorar nuevas mecanismos de presión sobre la empresa y el Estado que permitan contrarrestar la permanente amenaza de la expropiación y la militarización de territorios como mecanismos de posibilitar el ingreso de la compañía.

232

Adicionalmente y como mecanismo novedoso que incorporó FIPSE en su lucha por la defensa de sus derechos estuvo, por primera vez, acudir a los jueces en demanda de la efectiva vigencia de sus derechos colectivos garantizados por la Constitución. Esta estrategia tiene especial importancia tratándose de pueblos como el shuar y achuar, pertenecientes a la familia etnolingüística “jíbaro”, con ancestrales prácticas guerreras para la solución de disputas inter e intra étnicas. Los famosos “cazadores de cabezas de la alta Amazonía” estaban optando por las vías jurídicas para la exigencia de sus derechos.

Cabe mencionar que el éxito alcanzado con el Recurso de Amparo, el Habeas Data, el Reclamo ante la OIT y el juicio penal que actualmente se sigue por el desacato de la compañía Burlington, depende, en

3. Convenio de Cooperación. 25 de febrero de 1999. Archivo CDES.

mucho, de una interesante política de alianzas desarrollada por FIPSE. En primer lugar, se consolidaron nexos políticos con aliados del tercer sector (las ONG) que resultaron ser actores clave en el soporte técnico y jurídico que requería la organización para sostener las causas judiciales. El trabajo de organizaciones como OXFAM AMERICA, Fundación Pachamama, SNV y especialmente el CDES, cuyos abogados patrocinan profesionalmente las diversas acciones, fue clave para que FIPSE tuviera y continúe teniendo el soporte necesario durante los duros días de lucha.

Por otro lado, resultó muy interesante que FIPSE desde un principio haya buscado y conseguido el apoyo de sus federaciones fraternas FINAE y FICSH, cuyas comunidades también resultaban actual o potencialmente afectadas por la presencia de ARCO en el Bloque 24. Ya desde enero de 1998 las tres federaciones mantuvieron reuniones formales entre sí para construir acuerdos y coordinar estrategias conjuntas para enfrentar la problemática de los bloques 23 y 24.

El Comité Interfederacional Shuar-Achuar ha venido funcionando, con intermitencia, desde esa época hasta estos últimos días (junio de 2002), como un espacio para el debate de las estrategias frente al tema petrolero y como un eficaz mecanismo de coordinación política. El proceso de unidad entre las tres organizaciones que se gesta en este espacio, ha resultado ser un factor de poder clave para el sostenimiento de la integridad del frente interno en el desarrollo del conflicto con ARCO y ahora con su sucesora en el Bloque 24, Burlington.

233

III. El Recurso de Amparo

El Recurso de Amparo Constitucional propuesto por la FIPSE en contra de la compañía Arco Oriente Inc. ante el Juez de lo Civil de la provincia amazónica de Morona Santiago en agosto de 1999, constituye un hito importante en la lucha de los pueblos indígenas ecuatorianos por la justiciabilidad de sus derechos. La sentencia favorable a los intereses de FIPSE, que fuera pronunciada por el Juez de primera instancia y ratificada por el Tribunal Constitucional, máximo foro ecuatoriano en materia constitucional, en marzo de 2000, es el precedente más importante dentro de la jurisprudencia nacional respecto a la eficacia del amparo constitucional como herramienta jurídica para la exigibilidad de los derechos colectivos.

Las disposiciones emanadas de la sentencia del Recurso de Amparo son:

- Que la compañía no se acerque a los individuos y organizaciones de base, dentro o fuera del territorio de la FIPSE, sin la debida y legítima autorización de la Asamblea de la Federación, a través de su directiva;

- Se prohíbe a la empresa promover acercamientos o reuniones con la intención de dialogar con cualquier individuo, centro o asociación perteneciente a la FIPSE, sin que tenga debida y legítima autorización de la Asamblea de la Federación a través de su directiva.

En definitiva, se ratifica judicialmente el derecho colectivo a la organización, de manera directa con la resolución del Amparo, mientras que los derecho territoriales reciben un respaldo indirecto del juzgador.

El 17 de abril de 2000, la compañía Arco firma un contrato de cesión de la totalidad de sus derechos y obligaciones contractuales en el Bloque 24 a favor de la compañía Burlington Ecuador.

El Juez de lo Civil de Morona Santiago notificó a la adquirente de los derechos sobre el Bloque 24 que deberá acatar las disposiciones de la sentencia de Amparo Constitucional.

IV. El Habeas Data

A mediados del año 2001, la FIPSE conoce de manera extraoficial la existencia de un Plan de Relacionamiento Comunitario para el bloque 24, presentado por Burlington a Petroecuador a inicios de año, en el que se hacen constar actividades que constituyen violaciones a las disposiciones del Recurso de Amparo concedido por el Tribunal Constitucional, especialmente en lo referente a la prohibición de que la empresa se acerque a miembros de FIPSE sin el consentimiento de la Asamblea de la Federación.

234

Inmediatamente, la FIPSE con el respaldo de las organizaciones fraternas FICSH y FINAE y con el patrocinio legal de CDES, presenta una acción de habeas data, para conocer de manera oficial e integral el documento de Burlington, en el que se hace referencia al pueblo shuar de la FIPSE, ejerciendo así su derecho constitucional de conocer toda información o documentación que se refiera o pueda afectar las condiciones de vida de su pueblo. En agosto del 2001, dentro del recurso de habeas data, tramitado ante el Juez Tercero de lo Civil de la ciudad de Quito, la información requerida es entregada, constatándose la violación de la empresa al recurso de amparo.

V. El juicio penal por desacato

La acumulación de acciones por parte de Burlington, tendientes a continuar con la política de relacionamiento comunitario que lleva al Tribunal Constitucional a aceptar la demanda de Amparo Constitucional, y una escalada de violencia en relación al conflicto, llevó al Comité Interfederal, a plantearse la posibilidad de iniciar acciones penales en contra de los funcionarios de Burlington por no acatar la sentencia favorable de Amparo Constitucional.

Por esta razón, el 11 de abril del 2002 se presentó la denuncia penal por desacato contra los funcionarios de la petrolera Burlington encargados del relacionamiento comunitario, por parte de los presidentes de la FIPSE, FINAE y FISCH. La presentación de la denuncia constituyó, además, un acto político que congregó a seiscientos miembros de las comunidades shuar y achuar que arribaron desde la selva a la ciudad de Macas, para protagonizar una marcha hacia la Fiscalía, como muestra del apoyo multitudinario del pueblo a esta decisión de sus dirigentes.

El 24 de abril, los presidentes de las tres federaciones rindieron sus testimonios, en los que declararon que se ratificaban en la denuncia presentada y, adicionalmente, el Presidente de la FIPSE denunció que la petrolera hace uso de un falso Convenio, con firmas falsas del representante de FIPSE, para confundir a las bases y llevarlas al engaño de que la Organización ha negociado con la empresa. Se solicitó que la Fiscal ordene la entrega del original de dicho convenio para que se realice un examen grafológico para determinar que la firma del Presidente es falsa.

Así mismo, en el procedimiento indagatorio, se ha solicitado que se ordene a las Radiodifusoras Canela y Morona, la entrega de copias de las entrevistas concedidas por funcionarios de la Compañía Burlington, en las que hacen referencia del Convenio forjado.

Así mismo, el día 6 de mayo de 2002 se hizo una diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos, en las localidades de Makuma y Mamayak, por parte de la Fiscal, en la que se tomaron testimonios de las personas del lugar sobre los diálogos individuales que está realizando la petrolera con personas y familias de la Organización, sin la autorización de la Asamblea de la FIPSE. Esa diligencia tuvo un trágico desenlace: la avioneta en que retornaban a Macas el Presidente y otros dos dirigentes de FIPSE luego de terminada la gestión, tuvo un accidente con el saldo doloroso de la muerte de todos sus ocupantes.

235

Actualmente, los dirigentes que legítimamente han subrogado a los fallecidos, continúan impulsando la acción.

VI. El reclamo ante la Organización Internacional del Trabajo

De forma paralela a la presentación del Recurso de Amparo ante los jueces nacionales del Ecuador, FIPSE hizo uso del mecanismo de reclamo contemplado en el art. 24 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por las violaciones cometidas por el Estado Ecuatoriano a las disposiciones del Convenio 169, en relación al Bloque 24.

La querella fue presentada, en diciembre de 1999, por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres del Ecuador (CEOLS) organización obrera que posibilitó acceder a esta instancia de reclamo, en muestra de solidaridad con la lucha de los Pueblos Indígenas Amazónicos.

El debate se concentra en torno a al tema de Consulta Previa. La argumentación de CEOLS-FIPSE es que no ha existido ningún tipo de consulta a las comunidades ni con anterioridad ni con posterioridad a la firma del contrato de participación entre el Gobierno del Ecuador y la compañía Arco Oriente para la explotación de hidrocarburos en el Bloque 24. Tampoco se consultó a las comunidades cuando el Gobierno autorizó el traspaso de derechos y obligaciones en el Bloque 24 de la compañía Arco Oriente a la Burlington.

El Gobierno contra argumenta que, habiendo entrado en vigencia en Ecuador el Convenio 169, el 15 de mayo de 1999, no era exigible su aplicación al contrato de participación firmado con Arco Oriente el 27 de abril de 1998.

Llama la atención que el Gobierno ecuatoriano usa como argumento la afirmación de que “no estima convenientes los mecanismos de consulta porque tenderían a dificultar los procesos de consultación petrolera que son de competencia de las instituciones gubernamentales.”⁴

236 El Comité Tripartito de la OIT que conoció la querella, formado por un representante del sector gubernamental (Chile), un representante del sector empresarial (México) y un representante del sector trabajador (Brasil), se pronunció haciendo algunas puntualizaciones muy importantes:

Si bien es cierto que las disposiciones del Convenio 169 no pueden ser invocadas retroactivamente para afectar a un contrato celebrado antes de su entrada en vigor, la continuación de las actividades autorizadas por el contrato de participación celebrado con Arco Oriente luego de la entrada en vigencia del Convenio, sí debían ser materia de consulta. En el caso concreto del Bloque 24, luego de la entrada en vigencia del Convenio se produjeron decisiones estatales capitales para la continuación de la actividad en el bloque, como la autorización para el traspaso de intereses de Arco Oriente a Burlington, que debiendo haber sido consultadas no lo fueron. Por lo tanto, concluye, el Comité insta al Gobierno a que inicie un proceso de consulta con las comunidades afectadas, incluyendo a la FIPSE, para que las partes puedan colaborar en busca de soluciones adecuadas.

4. Ver Resolución (G.B.277/18/4).

Así mismo, el Comité considera que el principio de representatividad, componente esencial de la obligación de consulta, ha sido vulnerado cuando se realizan consultas excluyendo a una organización claramente representativa como FIPSE, a pesar de la declaración pública de FIPSE de no permitir ninguna negociación individual o de sus centros y asociaciones con la compañía Arco. El Comité considera que cualquier consulta llevada a cabo en el futuro concerniente al Bloque 24 deberá tener en cuenta la mencionada declaración de FIPSE.⁵

VII. Campaña y contracampaña

La acción de FIPSE y sus aliados en torno a las diferentes acciones judiciales en contra de ARCO ORIENTE, primero y luego de Burlington, y el trágico accidente en el que fallecieron los dirigentes de la FIPSE, han desatado una serie de sucesos frente a los cuales debemos reflexionar y tomar posiciones:

1.- La movilización política de la FIPSE y las otras federaciones en torno a la estrategia de justiciabilidad es importante y, sin lugar a dudas, debe ser motivo de preocupación para los sectores que promueven la ampliación de la frontera petrolera en territorios indígenas. El tema es de importancia prioritaria en la región y está en la agenda de preocupaciones de los sectores vinculados con el tema a nivel nacional e internacional.

Desde un principio la estrategia de las empresas interesadas en el Bloque 24 ha sido la de sembrar desconcierto en el frente interno de la FIPSE, mediante la utilización de gente shuar a la que han cooptado, para difundir rumores falsos y verdades a medias. No se detienen en lanzar panfletos injuriosos en contra de dirigentes y organizaciones de apoyo, forjar documento falsos e intimidar a los miembros de las comunidades con el fin de atizar viejas rencillas entre clanes para sembrar división en base a reactivar la tradición guerrera shuar y achuar.

237

Frente a las ONG que brindan su apoyo a las organizaciones indígenas de la zona, las petroleras han tenido una política de desprestigio y etiquetamiento. Por un lado se acusa a las ONGs de apoyo de “aprovecharse del nombre de los indios para sacar fondos” y, por otro, se les quiere etiquetar de terroristas que manipulan a los dirigentes.

El rol de apoyo jurídico brindado por CDES, es visto por la Organización, en cambio, como relevante. Hemos sido cuidadosos de respetar los límites de nuestro rol como organización de apoyo y el acompañamiento que se

5. Ibidem.

ha dado a los trámites jurídicos derivados del conflicto con las empresas llena un vacío de una manera que la organización percibe como eficaz

Tras la muerte de los dirigentes en el accidente aéreo que mencionamos, era de esperarse que la confrontación suba de nivel. Por un lado, los shuar se sienten culturalmente convocados a asignar culpabilidades a muertes de este tipo, y, más aún, cobrar venganza. Si partimos de la hipótesis más probable, es decir que se trató de un accidente, cualquier asignación de responsabilidades se convierte en arbitraria y cargada de intereses. Una lectura puede asignar responsabilidades a la petrolera, que es, en definitiva la que origina el conflicto; otra, a la comunidad de donde partió la avioneta, otra, incluso, a las organizaciones de apoyo que “llevaron a los dirigentes a hacer la diligencia”. Seguramente esas y otras muchas lecturas están presentes en la mente de la gente shuar.

La empresa, a través de panfletos que circulan por Internet y por las comunidades, quiere capitalizar a su favor el estado de conflictividad e incertidumbre que vive la gente de la zona. Atribuye a las organizaciones de apoyo culpabilidad respecto a la confrontación del pueblo shuar contra la petrolera, a la confrontación interna entre la gente shuar que apoya y que se opone a la petrolera y, por último, a la muerte de los dirigentes. Las acusaciones van desde instrumentalizar a la organización y atizar el conflicto con fines de levantar fondos, hasta manipular a los dirigentes que serían, supuestamente, empleados de las ONG.

238 Además, se juega con el término “terrorista”, seguramente para llamar la atención del Estado y de instancias de seguridad de los EEUU y del Ecuador

Obviamente, lo que se busca con la contracampaña es causar dos efectos:

1.- Desmovilizar a las organizaciones de apoyo. Es decir poner al CDES y a las otras organizaciones de apoyo en situación de evaluar si seguir o no seguir con un apoyo a FIPSE que puede ser costoso en términos de “dolores de cabeza”, “imagen” e incluso seguridad. Si consiguieran su objetivo, la FIPSE y las otras federaciones quedarían a su merced.

2.- Crear desconcierto y desmovilizar a las bases de la Organización, mediante el des prestigio a sus dirigentes y a las organizaciones de apoyo.

La percepción de los dirigentes de FIPSE frente a la última arremetida de la contracampaña pro petrolera es que su intencionalidad última es la de crear condiciones confrontativas al interior del pueblo shuar, entre una gran mayoría que se mantiene firme en su No al ingreso de la Burlington, y un número reducido pero muy activo de gente adicta a la compañía.

Frente a la perversidad e irresponsabilidad de la contracampaña, la posición de FIPSE y las otras federaciones es la de mantenerse firmes

en el enfoque de derechos. La estrategia de justiciabilidad ha demostrado ser eficaz para promover una salida jurídica, no violenta, a un conflicto en el que lo que está en discusión son los derechos de las comunidades indígenas, propietarias ancestrales de los territorios amazónicos, y cuya supervivencia cultural está basada en ellos.

La meta del Comité Interfederal, a estas alturas, es conseguir la salida de la empresa Burlington del Bloque 24. Es posible, dado que han trascurrido años de conflicto sin que se obtenga ningún resultado y el bloque no constituye sino un motivo de preocupación y descrédito para la política petrolera del Estado. Además, existen suficientes argumentos jurídicos que se han ido construyendo y sustentando con el Recurso de Amparo, la Resolución de la OIT y ahora con el juicio de desacato.

Al efecto se han planteado las siguientes acciones:

- a) Hacer pública la intención de los pueblos ancestrales del Transkutukú de promover la salida de la empresa Burlington de su territorio y lanzar ante la opinión pública nacional y mundial la campaña. Mientras más visible sea el objetivo de defensa de derechos, mayor número de ojos estarán sobre el conflicto para que cada vez tenga menos cabida una salida violenta.
- b) Lanzar un juicio de nulidad del contrato de cesión de derechos de la Arco a la Burlington por no haberse hecho consulta previa. Eso constituiría un nuevo golpe político que, además, ratifica la vigencia de la institución consulta previa.
- c) Concretar una campaña internacional contra Burlington, para denunciar su accionar violatorio de los derechos humanos en su propio territorio.

239

VIII. Reflexiones finales

Mientras escribimos este trabajo, la situación en Transkutukú toma ribetes dramáticos. Las amenazas en contra de los dirigentes de FIPSE y las organizaciones no gubernamentales de apoyo se van convirtiendo en cotidianas. FIPSE decidió cerrar sus oficinas en la ciudad amazónica de Macas porque sus dirigentes se sentían permanentemente asediados por gente vinculada con la petrolera. Ahora despachan desde Makuma, un pequeño poblado en medio de la selva.

Las ONGs que trabajamos junto a FIPSE y al Comité Interfederal sentimos la presión de los grupos de poder. Sin embargo, estamos convencidos que esta arremetida se produce porque la lucha que compartimos con los pueblos indígenas está golpeando la política extractivista en donde más le duele.

Hacer de los derechos una realidad actual y actuante en la vida de los pueblos es una tarea crucial para garantizar mejores días para las futuras generaciones. La vía de la incidencia política y de la justiciabilidad que han escogido los shuar y los achuar es una alternativa válida para enfrentar el conflicto en que se debaten con los intereses petroleros, frente a la vía tradicional en su cultura de resolución de los conflictos: la muerte.

Al verse derrotada en sucesivas batallas legales, la transnacional pretende provocar a los indígenas para que abandonen el camino de la disputa legal para exigir sus derechos y retomen su práctica guerrera ancestral. De la violencia y el caos que una guerra intraétnica traería en el suroriente ecuatoriano, podrían beneficiarse los intereses petroleros que verían el escenario propicio para que el ejército militarice el territorio del Bloque 24 y garantice las operaciones petroleras.

Por lo tanto la tarea de los promotores de los derechos humanos que trabajamos apoyando a las organizaciones indígenas del Transkutukú, a la par de dar apoyo político y técnico a las tareas de incidencia y justiciabilidad, es la de sostener una línea no violenta de acción por los derechos.

Ese es el reto en el que nos encontramos inmersos actualmente en el caso Bloque 24.

El nivel esencial de protección del derecho a la salud *

Suad Elías Atala **

El presente documento tiene como objetivo dar una visión general (i) de las obligaciones concretas que surgen de los derechos económicos, sociales y culturales; (ii) de cómo está reconocido el derecho a la salud en los instrumentos internacionales de derechos humanos; (iii) de cuál es el nivel esencial de protección de este derecho y de manera muy general, (iv) de algunas de las posibilidades que ofrece el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para hacer exigible el derecho a la salud.

I. Introducción

El derecho a la salud, al igual que los otros derechos económicos sociales y culturales (DESC) vive dos realidades paralelas. Por un lado está reconocido y protegido en tratados internacionales, en muchas constituciones nacionales¹ y otras leyes nacionales mientras que por el otro, en la práctica, millones de personas en el mundo no disfrutan siquiera, de un nivel esencial de protección de este derecho. En pleno siglo XXI en donde el ser humano ha logrado descifrar el genoma humano tenemos todavía niños y niñas que mueren por enfermedades de fácil prevención.²

241

Uno de los elementos que contribuyen a la dificultad de hacer justiciable el derecho a la salud y en general los DESC, es la falta de desarrollo jurisprudencial de estos derechos, tanto en los sistemas domésticos como en los internacionales. Esto es en parte resultado del enfoque prioritario que se la ha dado al desarrollo de los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales. A esto se suman los retos de

* Presentación preparada para el Seminario sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame, en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 27 de julio de 2002.

** Abogada. Desde el año 2002 trabaja en la Secretaría de la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red DESC).

1. Por ejemplo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho a la salud en los artículos 2 (en relación con los Pueblos Indígenas), 4 y 123.
2. El 50% de las muertes de niños y niñas en Bolivia, Belice, Haití y otros países de la región corresponden a menores de 15 años afectados por enfermedades de fácil prevención y tratamiento como enfermedades diarreicas y respiratorias agudas.

monitorear la situación de los derechos de carácter económico, social y cultural. En el Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos, por ejemplo, existe un fuerte desarrollo de jurisprudencia relacionada con derechos de carácter civil y político mientras que el campo de los DESC empieza apenas recientemente a avanzar.³

II. Obligaciones que surgen de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Uno de los principales instrumentos internacionales que puede ser utilizado para definir el contenido del derecho a la salud como un derecho humano, tanto a nivel nacional como dentro del Sistema Interamericano⁴ surge del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (el Comité). El Comité, a través de su Observación General 3⁵, ha definido la índole de las obligaciones que surgen del Pacto Internacional para los Derechos Económicos Sociales y Culturales (el Pacto), tratado que ha sido ratificado por México y que por lo tanto impone obligaciones a este país. Los señalamientos del Comité, sirven como lineamientos para definir el contenido de los derechos económicos sociales y culturales, protegidos por otros instrumentos internacionales de derechos humanos dentro del sistema de las Naciones Unidas, pero también dentro de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y por algunas legislaciones nacionales.

a) Obligación de respetar y garantizar

242

En primer lugar, como con todos los derechos humanos, los Estados tienen la obligación de respetar, y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales sin discriminación. La obligación de respetar deberá traducirse en acciones de carácter negativo del Estado. Es decir, el Estado deberá evitar realizar cualquier acción que viole o atente directamente en contra de los derechos humanos.

3. Varias organizaciones de la región han realizado un esfuerzo importante en la documentación y presentación de casos ante la Comisión Interamericana. Entre éstas se encuentran CEJIL, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (México), Centro de Derechos Económicos y Sociales (Ecuador), el Centro Nicaragüense de Derechos Humanos (Nicaragua) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (Argentina).
4. Tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana, con base en lo establecido en el artículo 29 de la Convención continuamente hacen referencia a tratados internacionales especializados provenientes de otros sistemas de protección a los derechos humanos y a resoluciones de otros tribunales, como lineamientos y parámetros para sus propias sentencias o recomendaciones. Ver Corte I.D.H., "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1, párr. 41.
5. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art.2 del Pacto), 14/12/90. CESCR Observación general 3. (Observación General 3).

La obligación de garantizar impone al Estado el deber de llevar a cabo acciones determinadas para asegurar que todas las personas que habitan un Estado o estén sujetas a su jurisdicción sean capaces de ejercer y gozar sus derechos y por razones de ésta, el Estado está impedido a violentarlos de manera indirecta.

Es importante recordar que las situaciones que acarrean responsabilidad para un Estado no se agotan simplemente con aquellas acciones realizadas por el orden público sino que, aquellos actos realizados por algún particular pueden ocasionar responsabilidad internacional para el Estado por falta de diligencia para prevenir estas violaciones.

- Obligaciones de comportamiento y resultado

Dentro del Sistema Universal, los Lineamientos de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶, (Lineamientos) establecen que el deber de respetar y garantizar contiene obligaciones tanto de comportamiento como de resultado. Éstas primeras requieren acciones calculadas de manera razonable para alcanzar la total protección de determinado derecho, mientras que las acciones de resultado requieren que el Estado alcance objetivos determinados para satisfacer el real disfrute de un derecho⁷. En este mismo sentido se ha pronunciado el Comité en relación con el artículo 2 del Pacto, en su Observación General número 3.⁸

243

6. En virtud del décimo aniversario de los Principios de Limburgo un grupo de 30 expertos, se reunieron en Maastricht con la finalidad de analizar los Principios de Limburgo en relación con la naturaleza y alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y los remedios y respuestas apropiadas en este sentido. Es de esta reunión de expertos de donde surgen los principios de Maastricht. Citados en Human Rights Quarterly, Vol. 20 No. 3, 1998.
7. Lineamientos, op. cit. párr 7.
8. “la índole de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Parte en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado”.

En cuanto a la fuerza normativa de las resoluciones emitidas por los organismos internacionales, debo mencionar que ésta puede ser validada a través de la costumbre o mediante la creación de principios generales del derecho. En este sentido, se ha establecido que: “Además de redactar convenciones multilaterales que crean leyes, las organizaciones internacionales, en años recientes, han implementado otros métodos para actualizar la ley internacional consuetudinaria. Particularmente, las Naciones Unidas... puede suplementar el proceso de creación de tratados mediante la declaración de resoluciones de carácter declarativo, las cuales, si son aceptadas por una mayoría abrumadora de la Asamblea General, generalmente por consenso o mediante votación casi unánime, pueden constituir principios “generalmente aceptados” de derecho internacional. (la traducción es mía) L.B. Sohn, Generally Accepted “International Rules”, Washington Law review, 1986, p.p. 1073-1080, p. 1078. según cita de Pieter van Dijk.

Por lo anterior, el Estado está obligado a adoptar políticas claras y concretas, tendiente a solucionar un problema específico o a garantizar un derecho protegido, cumpliendo así con la obligación de conducta. Lo anterior con la finalidad de que éstas resulten en la disminución del problema social que se pretende atacar, de conformidad con los niveles establecidos por la comunidad internacional o con la meta impuesta por el propio Estado, con lo que se daría cumplimiento a la obligación de resultado. En este sentido se menciona, a manera de ejemplo, que en relación con el derecho a la salud, la obligación de conducta requeriría la adopción e instrumentación de un plan de acción para reducir la mortalidad maternal, mientras que la obligación de resultado requeriría que la mortalidad se redujera a los niveles aceptados en la Conferencia del Cairo de Población y Desarrollo de 1994 y en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de Pekín de 1995.⁹

b) Obligaciones inmediatas

El Comité, en primer lugar, reconoce la naturaleza progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales y su dependencia respecto de la disponibilidad de recursos del Estado¹⁰. En segundo lugar establece que a pesar de dicha progresividad existen obligaciones muy claras y concretas que surgen, inmediatamente, de las normas de carácter económico, social y cultural y cuyo incumplimiento se traduce en violaciones a obligaciones de carácter internacional. Estas obligaciones concretas son las de adoptar medidas dirigidas a la realización de los DESC y la de garantizar estos derechos sin discriminación. La noción del alcance progresivo de los derechos no hace más que reconocer la realidad económica, pero no puede ser utilizada como herramienta para argumentar que los derechos económicos, sociales y culturales no imponen una obligación sobre los Estados. El objeto del Pacto y de los diversos instrumentos internacionales que reconocen los derechos económicos, sociales y culturales es imponer obligaciones concretas a los Estados con la finalidad de protegerlos, y por lo tanto, imponen el deber de progresar de manera discernible hacia el objetivo de satisfacer al menos las necesidades básicas de los individuos, estableciendo metas claras y de alcanzarlas tan rápido como les sea posible.

c) Obligación de utilizar hasta el máximo de los recursos disponibles

Aunque los Estados gozan de discrecionalidad para determinar los medios que consideren conveniente utilizar para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en relación con los derechos económicos,

9. Robertson Robert E., op. cit. p. 230.

10. Observación General 3, op. cit. p. 1.

sociales y culturales¹¹, del artículo 2 (1) del Pacto, se desprende que estos medios deberán adoptarse hasta el máximo de los recursos de que el Estado disponga.

La situación económica del Estado puede dificultar el logro de los objetivos de protección de los derechos, pero el argumento de falta de recursos económicos no libera al Estado de su obligación de respetarlos y garantizarlos, por el contrario, el Comité ha establecido que en tiempos en los que, por cualquier razón, el Estado se encuentre en un periodo de austeridad, los derechos económicos, sociales y culturales, adquieren mayor urgencia, por lo que, lejos de que puedan ser relegados por las políticas del Estado, éste deberá prestarles mayor atención.¹²

d) Nivel esencial de protección

El Comité también ha señalado específicamente el deber de cada Estado de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos protegidos en el Pacto. Estas obligaciones de carácter inmediato no están sujetas a la disponibilidad de recursos.

...corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de atención primaria de salud esencial..., *prima facie* no está cumpliendo con las obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería de gran medida de su razón de ser.¹³

245

El concepto de “nivel esencial de protección” ha sido ampliamente reconocido y aceptado, más allá del Comité y del Sistema de las Naciones Unidas como la mínima garantía a la que está obligado el Estado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. En el Sistema Interamericano, la Comisión Interamericana también ha establecido que la

11. En este sentido los Lineamientos en el punto 8 establecen lo siguiente “De la misma manera que en el caso de los derechos civiles y políticos, los Estados gozan de un margen o discrecionalidad para elegir los medios para dar cumplimiento a sus respectivas obligaciones”.
12. “El Comité reconoce que los programas de ajuste son muchas veces inevitables y que a menudo suponen un elemento importante de austeridad. Ahora bien, en tales circunstancias, los esfuerzos por proteger los derechos económicos, sociales y culturales, más fundamentales adquieren una urgencia mayor, no menor”. Observación General No. 2 (1990), “Medidas internacionales de asistencia técnica”, (artículo 22 del Pacto), E/1990/23, págs. 92 a 95.
13. Observación General 3, op. Cit.

obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos como establecen la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴ (la Convención Americana) los obliga, sin importar su nivel de desarrollo, a proveer un nivel mínimo de subsistencia de dichos derechos¹⁵. Por otro lado, los Lineamientos de Maastricht establecen de manera clara que existe una violación cuando un Estado no cumple con la obligación de garantizar la satisfacción de aquel nivel que el Comité ha establecido como ‘niveles esenciales de cada uno de los derechos’ y menciona que este nivel mínimo de protección se deberá otorgar independientemente de la disponibilidad de recursos o de cualquier otro factor o dificultad¹⁶.

Es por esto que el nivel mínimo de protección de un derecho, es un parámetro útil para identificar y argumentar violaciones a los DESC. Los tratados de derechos humanos, en general, requieren de mecanismos de monitoreo efectivos que permitan evaluar el grado de cumplimiento de los Estados de las obligaciones impuestas por los tratados o instrumentos en materia de derechos humanos. Aunque importante y complejo para todos los derechos humanos, la naturaleza progresiva de los DESC hace que el monitoreo del cumplimiento de los derechos de manera adecuada cobre mayor importancia y dificultad. Lo anterior porque, en principio, a través de una documentación detallada de los avances o retrocesos en el disfrute de algún derecho determinado se constituirán los argumentos para poder denunciar incumplimiento de las obligaciones impuestas por normas de carácter económico, social o cultural. En este caso, específicamente, el deber de garantizar de manera progresiva estos derechos. Sin embargo, en la práctica, no es común que exista una evaluación adecuada sobre el desarrollo

14. Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos) Entrada en vigor el 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención. Serie sobre Tratados, OEA, No. 36., REGISTRO ONU: 27 de agosto de 1979, Nº 17955.

15. Reporte Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.85 Doc. 8 rev. 11 febrero 1994.
Esta misma idea ha sido apoyada por Danilo Türk, Relator especial de derechos económicos, sociales y culturales de la Organización de Naciones Unidas, el cual ha establecido que “[l]os estados están obligados, independientemente de su desarrollo económico a asegurar el respeto de derechos de subsistencia mínima para todos”. Report of the Special Rapporteur on the Realization of Economic, Social and Cultural Rights, U.N. ESCOR. Comm'n on Hum. Rts., 43rd Sess., Agenda Item 8 at 18 52(d) U.N. Doc. E/CN.4 Sub 2/1991/17 (1991) según cita de Scott Leckie, Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights, en Human Rights Quarterly, 20, p 100.

16. Lineamientos de Maastricht. Lineamiento número 9.

progresivo de los Estados en relación con sus obligaciones de carácter económico, social o cultural. En general, los reportes presentados por los Estados en virtud del Pacto u otros tratados internacionales, carecen de la información necesaria para evaluar si efectivamente ha existido progreso en la situación de los DESC. Es posible decir que no existen los recursos necesarios, el tiempo o la experiencia necesaria dentro de los organismos internacionales encargados de hacerlo, para evaluar estos reportes. Aun más, las organizaciones no gubernamentales que trabajan en el área de los derechos económicos, sociales y culturales muchas veces carecen también de la experiencia, el tiempo o la capacidad para documentar de manera adecuada el desarrollo progresivo de estos derechos.¹⁷

En este sentido, para evitar que estas dificultades se conviertan en obstáculos infranqueables para denunciar el incumplimiento a las obligaciones que derivan de los DESC, se ha sugerido que los argumentos para hacer exigibles estos derechos tengan un enfoque en las violaciones cometidas por los Estados¹⁸. Con esto, la inexistencia de al menos niveles mínimos de garantía de cada derecho, permitiría denunciar violaciones a las obligaciones estatales y en algunos casos acceder a los mecanismos de protección previstos por los Estados. Siguiendo esta idea, el argumento de violación estaría enfocado en las obligaciones concretas que surgen de la protección de los DESC, como el deber de proteger sin discriminación un derecho humano o el deber de garantizar niveles mínimos de protección y no solamente ni primordialmente en la falta de desarrollo progresivo o en las acciones regresivas en relación con este derecho. Con el objetivo de argumentar dichas violaciones es necesario determinar entonces en qué consiste el derecho a la salud y cuál es el nivel esencial de protección de este derecho.

247

Sin embargo, es también importante mencionar que existen opiniones contrarias sobre el beneficio de enfocarse en los niveles mínimos de protección de los DESC. Algunos consideran que el peligro de este enfoque reside en que se puede confundir el nivel mínimo de protección con los elementos justiciables del derecho, equiparándolos y así dejando fuera de las cortes cualquier elemento que no sea “esencial”. Asimismo, si no se tiene en mente que la definición de los contenidos de los derechos es un ejercicio dinámico y progresivo en sí mismo, la adopción de un nivel mínimo puede resultar contraproducente para el desarrollo progresivo del derecho. Por ejemplo, un enfoque limitado (y por lo tanto incompleto) en los niveles esenciales de protección podría brindar argumentos para establecer el cumplimiento de las obligaciones estatales, sin considerar si ha existido un

17. Ver Chapman R. Audrey, Monitoring Women's Rights to Health Under the International Covenant on.

18. Idem.

desarrollo progresivo y si se han utilizado la totalidad de recursos disponibles. Este enfoque puede ser también perjudicial para aquellas personas que sufren violaciones en países con recursos, pero que no cumplen con la totalidad de las obligaciones establecidas por los DESC. Por lo general en estos países sí se garantizan niveles esenciales de cada derecho, pero no necesariamente se da cumplimiento a las otras obligaciones que imponen los DESC.¹⁹

III. Contenido del Derecho a la Salud

a) Reconocimiento del derecho a la salud en los instrumentos internacionales de derechos humanos

Con la adopción de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud se reconoce por primera vez, a nivel internacional, que el “goce máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica social” y como un derecho humano que implica un estado de “completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”²⁰.

Posteriormente, el derecho a la salud, ha sido reconocido por los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el sistema de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a la salud como elemento del derecho a un nivel de vida adecuado, el cual se relaciona directamente con la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.²¹

248

19. International Human Rights Internship Program and Asian Forum for Human Rights and Development, Circle of Rights, Economic, Social and Cultural Rights Activism: A Training Resource, Section IV.
20. Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, No. 2, p. 100) y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.
21. El Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

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

También dentro del Sistema Universal, el Pacto Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refiere de manera más específica a este derecho y lo reconoce como el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental y establece la obligación de adoptar medidas para lograr resultados concretos relativos a este derecho.²²

La Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²³ establece específicamente el deber del Estado de asegurar el acceso a servicios de atención médica en condiciones de igualdad entre mujeres y hombres y agrega el deber del estado de garantizar a las mujeres servicios “de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.... Los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.”²⁴

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

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

23. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

24. El Artículo 12 establece específicamente

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.”

Otros artículos de este tratado que hacen relación con el derecho a la salud son el Artículo 10 (h) y el Artículo 11(1)(e) y (f).

En relación con los niños y niñas, la Convención sobre los Derechos del Niño²⁵ establece en su artículo 24 el derecho de los niños “al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.” Asimismo, este artículo establece el deber de los Estados a realizar esfuerzos por asegurar el disfrute de los servicios sanitarios.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, específicamente establece el deber de los Estados parte de eliminar la discriminación racial y asegurar la igualdad ante la ley en relación con “...el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales”²⁶.

El derecho está además protegido en instrumentos regionales. la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada lo reconoce en el artículo 11 y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 en el artículo 16.

25. La Convención de los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

El Artículo 24 de esta Convención establece:

250

1. Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.
2. Los Estados Parte asegurarán la plena aplicación de este derecho...
3. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.
4. Los Estados Parte se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Otros Artículos de la Convención del Niño que se relacionan con el derecho a la salud son el Artículo 25, el Artículo 32 y el Artículo 39.

26. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19. El Artículo 5 de esta Convención a la letra establece: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:... ...e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:... El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales...

Dentro del Sistema Interamericano, la Declaración Americana y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)²⁷ lo reconocen de manera específica y el artículo 26 de la Convención Americana lo hace a través del reconocimiento de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en general. El Protocolo de San Salvador establece en su artículo 10:

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 Parte 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.

251

Analizando el contenido de estos artículos se desprende que en términos muy generales, el derecho a la salud no significa, obviamente, el derecho a estar sano, sino el derecho al disfrute del más alto nivel

27. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (Suscripto en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General) ENTRADA EN VIGOR: 16 de noviembre de 1999 TEXTO: Serie sobre Tratados, OEA, No. 69.

de bienestar físico mental y social, y el derecho a que este disfrute se logre sin discriminación basada en género, raza, religión, ideología política o condición económica y social.

b) Obligaciones que surgen del derecho a la salud

La Observación General 12 del Comité²⁸ ofrece una guía importante para determinar el contenido de las obligaciones de los estados parte en relación con el derecho al "más alto nivel posible de salud física y mental." Este derecho, de acuerdo con el Comité "debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud"²⁹ el cual se compone de libertades y derechos.³⁰

Este Comité ha determinado que el derecho a la salud no está limitado a la atención médica, sino que, abarca una serie de factores socioeconómicos esenciales para una vida sana y ha señalado como factores determinantes de la salud a la (i) alimentación y nutrición, (ii) la vivienda, (iii) el acceso a agua limpia y potable, (iv) el acceso a condiciones sanitarias adecuadas, (v) condiciones de trabajo seguras y sanas (vi) un medio ambiente sano, y finalmente (vii) el acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva³¹.

El Comité ha señalado además 4 elementos esenciales e interrelacionados con el derecho a la salud:

252

La disponibilidad "de los establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, centros de atención de la salud y de programas" los cuales deben contar con los factores determinantes básicos de la salud ya mencionados, además de personal capacitado y ciertos medicamentos esenciales definidos por la Organización Mundial de la Salud.

La accesibilidad tanto de hecho como de derecho para toda la población sin discriminación basada en alguno de los motivos prohibidos, en especial para los sectores más vulnerados y marginalizados. Este elemento implica que tanto los establecimientos, bienes y servicios de salud, como los factores determinantes de este

28. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14. (General Comments) El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. (Comentario General 14).

29. Observación General 14, párr. 9

30. El derecho a la salud impone al Estado la obligación de respetar, proteger y cumplir.

31. Observación General 14, op. Cit. parr. 11.

derecho incluyendo agua limpia y potable estén al alcance geográfico y a una distancia razonable de todos los sectores de la población. Asimismo, debe asegurarse el acceso adecuado para las personas con discapacidades a los edificios de salud. El elemento de accesibilidad incluye además la asequibilidad económica por lo que el Estado tiene la obligación de asegurarse que los servicios de salud y los factores determinantes de la salud, sean públicos o privados, estén al alcance de todos y todas. Asimismo debe asegurarse los gastos de salud no impongan cargas desproporcionadas en ciertos sectores o hogares pobres, en relación con otros sectores. Una tercera dimensión del elemento de accesibilidad se relaciona con el derecho a solicitar, recibir y difundir información relacionada con la salud.

Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben además ser aceptables culturalmente, tomando en cuenta los requisitos de género entre otras cuestiones.

Y por último deben ser de buena calidad tanto científica como médica mente.

Este derecho además requiere necesariamente tomar en cuenta las necesidades y circunstancias especiales de diferentes sectores como las mujeres, niños y adolescentes, adultos mayores, discapacitados, poblaciones indígenas y que las políticas de salud reflejen y respondan a estas diferencias.

253

Todo lo mencionado se traduce en libertades y derechos en relación con el derecho a la salud. Las libertades imponen el deber de protección y respeto por parte del Estado, asegurando que cada persona pueda “controlar su salud y su cuerpo” y evitando que las personas sean sujetas a injerencias arbitrarias por parte del estado o de terceras personas. Los derechos que surgen de este derecho humano también imponen al Estado la obligación de cumplir, la cual requiere “que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud lo cual incluye “asegurar un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.”³²

El derecho a la salud, al igual que todos los derechos humanos prohíbe cualquier clase de discriminación en relación con su disfrute. Como ha sido mencionado, la obligación del estado de asegurar que no exista

32. Comentario General 14, párr. 8.

discriminación en el disfrute de este derecho es de naturaleza inmediata y no está sujeta a la disponibilidad de recursos por parte del Estado³³, de la misma manera que no lo está el deber de adoptar medidas inmediatas.

c) Niveles mínimos de satisfacción del Derecho a la Salud

El Comité, también a través del Comentario General 14 hace referencia a la obligación de los Estados de asegurar niveles mínimos de satisfacción del derecho a salud. Para la determinación de los niveles esenciales de este derecho hace referencia a la Declaración de Alma-Ata como una guía de las obligaciones que surgen en virtud del artículo 12 del Pacto.

El Comité lista como garantías mínimas las siguientes:

- a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sin discriminación, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- b) asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice 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 limpia potable;
- d) facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;
- e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;

33. El artículo 2 del Pacto, de acuerdo al Comité “prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud.” En cuanto al derecho a la salud, es preciso hacer hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial por lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud (16). General 14, pár. 18.

f) adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados³⁴.

Agrega además las siguientes:

- a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil;
- b) proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad;
- c) adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas;
- d) impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades;
- e) proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos³⁵.

255

La Corte Constitucional de Sudáfrica ha considerado también el nivel esencial de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. La Corte se pronunció recientemente sobre las obligaciones que surgen de los artículos 27 (que se refiere al acceso a los servicios de salud) y 28 (protección especial de los niños) de la Constitución de Sudáfrica en relación con la obligación genérica del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos protegidos en dicha Constitución³⁶.

34. Observación General 14, op. cit. párr. 43 y 44.

35. idem. párr. 45.

36. Treatment Action Campaign & Ors. (v. Minister of Health & Ors.) Otras resoluciones importantes de esta Corte en material de DESC son las siguientes: Government of South Africa & Ors. v. Grootboom & Ors., Minister of Public Works & Ors. V. Kyalami Ridge Environmental Association & Ors., Soobramoney v. Minister of Health, Kwazulu-Natal.

El caso se presentó para exigir que el Estado adoptara políticas que dieran acceso al tratamiento para prevenir la transmisión del VIH entre madre e hijo al momento del parto. El programa adoptado por Sudáfrica daba acceso a un medicamento que previene este contagio solamente a un número limitado de clínicas dentro del sector de salud público que pertenecían a un programa piloto. Esto evitaba que doctores que no trabajan en estas clínicas pudieran prescribir el neviraprine (NVP) a pesar de que este medicamento se ofrecía gratuitamente al gobierno. Esto resultó en muchos casos de contagio entre madre e hijos que podían haber sido prevenidos. La Corte determinó que dicha política constituía una barrera arbitraria para el desarrollo progresivo del derecho a la salud. Estableció además que el núcleo esencial de los derechos incluye por lo menos aquellos requisitos mínimos de la vida compatibles con la dignidad humana y agregó que nadie debe ser condenado a una vida que se encuentra por debajo de estos niveles esenciales de dignidad. La noción de derechos individuales, agrega la Corte, presupone que cualquier persona en esta situación debe encontrar protección en los tribunales nacionales. Esta Corte ha determinado sin embargo, que los derechos de carácter económico y social protegidos en la Constitución no confieren el derecho a cada persona a un nivel mínimo de protección de todos los derechos ya que de acuerdo con la Corte, asegurar un nivel mínimo de protección para todos de manera inmediata sería imposible. La Corte determinó que la obligación del Estado consiste en actuar de manera razonable hacia el disfrute de los derechos económicos y sociales de manera progresiva. La Corte sí determinó que el Estado había violado sus obligaciones constitucionales y ordenó entre otras cosas que eliminara las restricciones impuestas al medicamento y facilitara el uso de NVP para la reducción de la transmisión del VIH entre madre e hijo.

256

VI. Exigibilidad del Derecho a la Salud dentro del Sistema Interamericano

Dentro del Sistema Interamericano el principal tratado que protege los derechos económicos, sociales y culturales es el Protocolo de San Salvador. Este tratado reconoce la jurisdicción de la Comisión y la Corte para recibir peticiones individuales solamente por violaciones a los derechos sindicales protegidos por el artículo 8 (a) y el derecho a la educación protegido por el artículo 13³⁷, pero no en relación con violaciones al derecho a la salud.

37. Artículo 19 (6) del protocolo de San Salvador. 6. “En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

No obstante, a través del artículo XI de la Declaración Americana o el artículo 26 de la Convención Americana, el cual establece la obligación general del Estado de proteger y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, en principio, se puede acceder al Sistema de peticiones individuales previsto dentro del Sistema. Los DESC mencionados de manera general en dicho artículo 26, pueden ser definidos, a través del Protocolo de San Salvador y del mencionado artículo de la Declaración Americana. Además, el derecho a la salud encuentra también protección a través de su interrelación con otros derechos de carácter civil y político como el derecho a no ser discriminado, el derecho a la protección de la familia, y el derecho a la vida, entre otros. La Corte Interamericana, en el caso de Villagrán Morales relativo al caso de unos menores de edad que fueron torturados y asesinados por autoridades en Guatemala, señaló el carácter fundamental del derecho a la vida y su goce como un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. La Corte establece que las obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la vida no sólo implican el derecho de todo ser humano a no ser privado de ésta arbitrariamente, “sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.” La Corte impone la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para evitar violaciones de ese derecho humano³⁸.

Otros logros importante dentro del sistema regional son las medidas cautelares otorgadas por la Comisión en favor de 27 integrantes de la Asociación Atlacatl, en las que solicitó al Estado de El Salvador que suministrara “el tratamiento y los medicamentos antirretrovirales, así como las atenciones hospitalarias, farmacológicas y nutricionales pertinentes, a favor de personas 27 personas VIH positivas”. La Comisión basó su petición en el peligro que corría la vida y la salud de los solicitantes. Similares medidas han sido también solicitadas a diferentes Estados de la región, incluyendo Chile. Además de casos relacionados con VIH, en el marco de un caso que argumenta violación a los derechos a la seguridad social, la Comisión solicitó al estado de Perú que adoptara las medidas necesarias para evitar daños irreparables a la salud del peticionario quien padece hepatitis B entre otros males.

257

Otros casos relativos a la protección del derecho a la salud dentro del Sistema Interamericano es el caso de la masacre Comunidad Indígena Yanomami. En este sentido debe mencionarse la Resolución Nro. 12/85 del 5 de marzo de 1985, adoptada por la Comisión Interamericana en

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

el caso contra Brasil en el que se denuncia la violación del artículo XI (Derecho a la Preservación de la Salud y al Bienestar) de la Declaración Americana de Derechos Humanos. También se encuentran en trámite otras dos denuncias referidas al pueblo yanomami, una contra Venezuela y otra con Brasil. En relación con la primera, las partes firmaron en diciembre de 1999 una acuerdo de solución amistosa, que todavía no dio lugar al Informe del artículo 49³⁹.

La Comisión Interamericana, a través de sus informes ha reconocido también el vínculo entre el derecho a la vida, a la seguridad e integridad física y a la salud y el medio ambiente. La Comisión estableció que “cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos.”

Por último la Corte Interamericana a través de una opinión consultiva reconoció el cuidado de la salud de los niños como “pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna”⁴⁰.

V. Conclusión

El nivel mínimo esencial de protección del derecho a la salud brinda un argumento importante para hacer exigible este derecho. A pesar de que existen muchos obstáculos, para acceder a foros que nos permitan denunciar violaciones a este derecho e inclusive para identificar dichas violaciones, hay espacios que se están abriendo cada vez más, tanto dentro de los sistemas internacionales de derechos humanos como de las cortes locales. Entre otros muchos retos, enfrentamos el de utilizar dichos espacios con argumentos creativos y de la mejor manera posible para poder avanzar así en su desarrollo jurisprudencial. Esto sin duda no ofrece una solución óptima para el grave problema de salud que sufren tantas personas en el mundo. Sin embargo, el reconocimiento de un derecho y la capacidad de hacerlo exigible ante cortes locales o cuerpos internacionales es un paso positivo hacia el ejercicio del derecho a la salud de todos los seres humanos.

39. Cejil, Gaceta Nro. 12. Sin embargo, la Comisión Interamericana no ha publicado a la fecha el Informe previsto en el artículo 49.
40. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

Vivienda para todos: derecho en construcción*

Gerardo Pisarello **

1. Introducción: razones del derecho a una vivienda adecuada

En un sentido amplio, los derechos son estrategias dirigidas a proteger necesidades e intereses vitales de las personas. La percepción de una necesidad insatisfecha, en efecto, puede conducir a la formulación de un derecho. Pero hacer “visible” esa necesidad en términos de derecho no equivale, evidentemente, garantizar su satisfacción. La garantía de cualquier derecho, de cualquier interés, depende en última instancia de la existencia de actores organizados capaces de hacerlos valer frente al conjunto de la sociedad, el caso del acceso a la vivienda es un ejemplo más de ello.

Una vivienda digna resulta fundamental para la supervivencia y para llevar una vida decente, en paz y con seguridad. Eso hace del derecho a la vivienda un “derecho compuesto”, cuya vulneración acarrea la de otros derechos fundamentales. Su violación hace peligrar el derecho a un empleo, que se torna difícil de asegurar y mantener; afecta el derecho a la salud y a la integridad física y mental; dificulta el derecho a la educación; menoscaba el derecho a elegir residencia, a la privacidad o a la vida familiar, y condiciona incluso los derechos de participación política¹.

259

La conciencia de esta situación de interdependencia, indivisibilidad e interrelación, ha contribuido en las últimas décadas a un amplio consenso en torno a la conveniencia de su consideración, nacional e

* Este trabajo es una versión revisada y ampliada de la ponencia presentada en el Seminario sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame, en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en julio de 2002.

** Universidad de Barcelona. Observatorio de DESC.

1. En muchos ordenamientos jurídicos el derecho al voto ha aparecido vinculado a la satisfacción de ciertos requisitos en materia de propiedad e incluso a la posesión de un domicilio “real”. Vid., por ejemplo, Chester Hartman, “The Case for a Right to Housing”, *Housing Policy Debate*, Vol. 9, n° 2, Fannie Mae Foundation, 1998. p. 227.

internacional, no ya sólo como una simple demanda moral, sino como un auténtico derecho exigible². Pero el contexto político y económico han conspirado contra esa evolución. A pesar en efecto de los avances en el plano jurídico-formal, la mercantilización creciente y la deserción de las garantías institucionales han dado el tono dominante en materia de vivienda en las últimas décadas. En consecuencia, para buena parte de la humanidad el acceso a un techo digno y seguro se ha convertido en un auténtico privilegio.

De acuerdo al Centro de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (CNUAH), unos 100 millones de mujeres y hombres en todo el mundo son, literalmente, personas “sin techo”. Viven en condiciones de absoluta pobreza, se ven forzados a dormir al aire libre y a asumir como vivienda formas miserables de cobijo: tugurios, viejos autobuses, aceras, andenes de estación, calles y terraplenes de carreteras, sótanos, escaleras, tejados, cajas de ascensores, jaulas, hojas de plástico, cajas de cartón o refugios de aluminio y lata.

Si la categoría de los “sin techo” se extiende a quienes habitan en viviendas inseguras o temporales, esto es, a quienes ocupan casas o tierras de otros bajo constante amenaza de desalojo, a quienes viven en campos de refugiados porque sus hogares han sido destruidos, o a quienes viven en cobijos temporales, el número de afectados se eleva a los 1000 millones de personas. Y si se incluye también a quienes en sus viviendas o en sus barrios carecen de necesidades básicas como suministros de agua, alcantarillado o servicio de recogida de basura adecuados, el número de afectados supera con creces la cifra anterior.

260

Contra lo que suele pensarse, sin embargo, la falta de vivienda no es un fenómeno exclusivo de los países periféricos. La existencia de buenos índices en ciertas áreas de la macroeconomía no supone en los países centrales un buen desempeño automático en cuestión de derechos sociales. De acuerdo a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidos (CDH), en Estados Unidos el porcentaje de personas sin hogar se sitúa entre un 1,5 y un 2,5 %. En Francia, Alemania y el Reino Unido, alcanza entre el 4 y 12 %³. Y tal como se desprende de los últimos Informes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), ha crecido de manera preocupante incluso en

2. Vid. Scott Leckie , *From Housing Needs to Housing Rights: An Analysis of the Right to Adequate Housing Under International Rights Law*, International Institute for Environment and Development Human Settlements Programme, London, 1992.

3. Doc. de ONU, E/CN.4/2001/51, pp. 5 y ss.

Canadá, un país que ha ocupado el primer lugar en el Índice de Desarrollo Humano del Programa sobre Desarrollo de Naciones Unidas (PNUD) durante más de un lustro⁴.

Si se tiene en cuenta que las estadísticas disponibles son sólo un reflejo aproximativo de la situación mundial en materia de vivienda, el resultado es dramático, no sólo para los afectados inmediatos sino para los habitantes del planeta en su conjunto. Resignarse a considerar el derecho a la vivienda como un lujo, un privilegio o un hecho afortunado para aquéllos que pueden costearlo representa un ilegítimo ejercicio de determinismo, cuando no de abierto cinismo moral. Y es que las más flagrantes violaciones al derecho a la vivienda que hoy tienen lugar no obedecen a causas misteriosas o a inescrutables hechos de la naturaleza, se explican por actos u omisiones de poderes concretos y tangibles, de poderes públicos, pero también privados, de poderes encarnados en órganos del estado pero también de poderes que actúan a través de empresas y corporaciones privadas, así como de organismos financieros nacionales e internacionales.

Es teniendo en cuenta estos elementos como debe afrontarse la cuestión de la exigibilidad jurídica del derecho a una vivienda adecuada. La identificación de las obligaciones que su satisfacción entraña, así como de los incumplimientos de las mismas, supone como en todos los derechos un ejercicio de prudencia que ha de combinar el sentido común con la resolución de algunas cuestiones legales no siempre sencillas.

261

Lo que está en juego, en cualquier caso, no son simples artificios académicos dirigidos a obtener puntos retóricos inteligentes o algunos triunfos jurisdiccionales aislados. La principal causa de vulneración del derecho a la vivienda, después de todo, no reside en la ausencia de acuerdos internacionales al respecto. La falta de techo, sin perjuicio de su autonomía como problema social, es sólo el síntoma de una tendencia estructural más amplia y de alcances globales: la creciente mercantilización y concentración de recursos elementales para la supervivencia de las personas –no sólo de la vivienda sino también del

4. El caso de Canadá es aleccionador para aquellos países que “van bien” desde el punto de vista del ciertos índices económicos (como el crecimiento global del PIB), pero exhiben una desigual satisfacción de las necesidades básicas de las personas, sobre todo de los grupos más vulnerables. A pesar de los avances en la protección de derechos experimentados a partir de la aprobación de la Carta de Derechos y Libertades de 1982, el CDESC, en su Informe de 1998, hizo explícita su preocupación por el hecho de que “un país rico como Canadá haya permitido que el problema de la falta de techo y de la vivienda inadecuada haya crecido en proporciones tales que sus diez ciudades más grandes han declarado la falta de vivienda un desastre nacional”. Vid., a propósito de esta cuestión, Bruce Porter, “Judging Poverty: Using International Human Rights Law to Refine the Scope of Charter Rights”, *Journal of Law and Social Policy*, nº 15, 2000.

agua potable, de los medicamentos o de las semillas para cultivos provocadas por fenómenos como los programas de ajuste estructural, la volatilidad de los capitales financieros, la especulación en la propiedad de la tierra, las privatizaciones, el peso exorbitante de las deudas externas o las asimétricas relaciones de intercambio establecidas entre el norte opulento y el sur y el este empobrecidos⁵. De la revisión y reversión profunda de estos fenómenos en el plano político y social, estatal e internacional depende en última instancia el éxito de cualquier estrategia puntual de reivindicación jurídica.

2. La determinación jurídica del contenido del derecho

Entre los argumentos más usuales contra la exigibilidad del derecho a una vivienda adecuada destaca el de su indeterminación. Como la mayoría de los derechos sociales, se afirma, el derecho a una vivienda adecuada es un derecho vago, evanescente, que promete poco⁶. De esa indeterminación, se agrega, puede deducirse acaso un principio programático, una guía genérica de actuación para los poderes públicos, pero no un auténtico derecho.

Una posición de este tipo descansa sobre evidentes prejuicios ideológicos. Se remonta ante todo a la diferenciación tajante entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derecho sociales, por otro, que sólo quiere ver en los primeros derechos auténticamente exigibles⁷. Tras esa aproximación, todavía vigente entre buena parte de la doctrina y de los operadores jurídicos, anidan restos de los enfoques maniqueos de la guerra fría que pretendían ver en la separación entre ambas categorías una oposición entre libertad e igualdad. Sin embargo, sus fundamentos dogmáticos y de derecho positivo distan de ser sólidos.

5. Sobre el impacto regresivo de la globalización dominante en la satisfacción del derecho a la vivienda, Vid. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el Derecho a una Vivienda Adecuada*, Miloon Kothari, de marzo de 2002. E/CN.4/2002/59.
6. Vid., por todos, Ricardo García Macho, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982. pp. 102 y ss.; 109 y ss. y 117.
7. La tradicional oposición teórica entre ambas categorías de derechos pretende apoyarse, entre otras cuestiones, en la existencia de dos Pactos internacionales diferenciados para cada uno de ellas. De igual modo, se insiste en la supuesta contraposición entre derechos de prestación y de abstención, entre derechos percibidos como gratis y derechos costosos, entre derechos que pueden ser aplicados de manera inmediata y derechos que sólo pueden satisfacerse de manera progresiva y así sucesivamente. Contra estos "mitos" teóricos y prácticos es ya clásico el excelente artículo de Fried Van Hoof, "The Legal Nature of Economic, Social and Economic Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views", en *The Right to Food*, Ph. Alston y K. Tomasevski eds., Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, p. 97.

En primer lugar, porque casi todas las constituciones del planeta, así como los principales ordenamientos jurídicos existentes, con independencia de su cultura, nivel de desarrollo, religión o sistema económico establecen una serie de obligaciones estatales relativas a la vivienda. Casi la mitad de las constituciones contemporáneas estipulan obligaciones referidas a cuestiones habitacionales o prevén, de manera específica, el derecho a una vivienda adecuada. Más aún, si se considera que el disfrute del derecho a una vivienda adecuada es un elemento esencial para el goce de otros derechos fundamentales como el derecho a la libertad de movimiento, a elegir la propia residencia, a la privacidad y al respecto del hogar, al igual trato ante la ley, a la dignidad humana, a la seguridad de la persona, a la vida y, bajo ciertas condiciones, incluso al goce pacífico de las propias posesiones, se puede afirmar que una inmensa mayoría de las constituciones modernas recogen, aunque sea de manera implícita, derechos habitacionales⁸.

Ciertamente, ello no comporta su inmediata satisfacción como derecho. Pero representa un punto de partida positivo para hacer visible, para delimitar el “núcleo de certeza” que integra el contenido del derecho⁹. Todas las normas jurídicas, en efecto, ofrecen, al igual que el propio lenguaje natural, un cierto grado de vaguedad semántica. Pero indeterminación no equivale a indeterminabilidad y apertura relativa no supone ausencia absoluta de límites o ámbitos incontrolados de acción.

Es sobre todo en el derecho internacional y regional de los derechos humanos donde los intentos de dotar al derecho a una vivienda adecuada de un contenido más específico pueden advertirse con claridad. La relevancia de esas disposiciones es innegable en la medida en que son la manifestación embrionaria de un auténtico

8. Vid. *Legal Resources for Housing Rights. Source 4*, Center On Housing Rights and Eviction (COHRE), Ginebra, 2000, pp. 45 y ss. Ya la Constitución de Weimar de 1918 dedicaba a la vivienda un artículo específico, el 155, que se convirtió en el primero en reconocer el derecho: “el reparto y utilización del suelo serán vigilados por el estado, en forma que impida el abuso y se tienda a proporcionar a todo alemán una morada sana y a todas las familias, especialmente a las de numerosa prole, una morada y un patrimonio que responda a sus necesidades”. Desde entonces, el reconocimiento constitucional del derecho a la vivienda se ha generalizado.
9. La propia Constitución española es un ejemplo de ello. A tenor de su art. 47, se reconocen al menos tres elementos vinculados a los derechos habitacionales que introducen una serie de límites y vínculos a los poderes públicos: 1) el carácter digno y adecuado que debe revestir la vivienda garantizada 2) la utilización del suelo de acuerdo al interés general y la prevención de la especulación, y 3) la atribución a la comunidad de las plusvalías del suelo no debidas al trabajo o a la inversión. Vid., al respecto, M. Bassols Coma, “Artículo 47”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, O. Álvarez (dir.), Cortes Generales, Madrid, 1996. pp. 308 y ss.; R. García Macho, *Las aporías de los derechos fundamentales...* cit. pp. 165 y ss.

constitucionalismo global que vincula a los estados tanto en sus relaciones entre sí como en la aplicación del derecho local¹⁰. Ciertamente, no todas las disposiciones provenientes de tratados, convenios, declaraciones y organismos especializados sobre derechos humanos tienen el mismo alcance para los estados. Algunas son de aplicación inmediata en el ámbito interno de los estados; otras pueden reputarse como simple manifestaciones de “soft law”. Pero incluso estas últimas resultan capitales para delimitar el alcance de las que integran el verdadero “hard law” internacional, jurídicamente vinculante para los estados¹¹.

Así, por ejemplo, recogen el derecho a la vivienda en el plano internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH: art. 25); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC: art. 11.1); la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR: art. 5 (e) (iii)); la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDCM: art. 14 (2) (h)); la Convención de los Derechos del Niño (CDN: art. 27 (3))¹².

No menos relevante es su reconocimiento positivo en el ámbito regional. La Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) recoge disposiciones que de un modo más o menos directo afectan el derecho a la vivienda en su art. 8 (1); en el art. 1 del Protocolo I de la Convención o en el art. 2 (1) del Protocolo IV. La Carta Social Europea, revisada en 1996, lo contempla por su parte en su art. 31, y hace referencia al mismo en los arts. 16, 19, 23

10. Cfr., al respecto, Luigi Ferrajoli, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en *Contextos*, nº 2, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 97 y ss. En el caso español, como se sabe, esta vinculación tiene lugar fundamentalmente a través del art. 10.2.
11. Por “Soft Law”, la terminología anglosajona alude a “un fenómeno que presenta las características del ‘Derecho’ en cuanto a su pretendido efecto de influenciar en el deseo y de restringir la libertad de aquellos a quienes el *soft law* se dirige”, pero que, al ser alegado, produce “la sensación de que algo falta en la naturaleza jurídica o vinculante del Derecho tal y como lo conocemos en la vida cotidiana”, Vid. R. Tammes, “Soft Law”, en *International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1983, p. 187.
12. A estas normas hay que agregar las de un sinnúmero de Convenios y Declaraciones que contienen disposiciones relativas a la vivienda: la Convención Internacional sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951; los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Tribales e Indígenas (169); sobre Política Social (117); sobre Plantaciones (110); sobre Política Social en Territorios No-Metropolitanos (82); la Declaración sobre Derecho al Desarrollo de 1986; la IV Convención de Ginebra sobre Protección de Civiles en Tiempos de Guerra; los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949; el Estatuto del Tribunal para los Crímenes de la ex-Yugoslavia y Rwanda o el Estatuto de Roma para el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional.

y 30, así como en el art. 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea. Ya en el ámbito de la Unión Europea, la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de 1989 prevé el derecho a la vivienda en su art. 29. Y la más reciente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en el año 2000, estipula en su art. 34.3 que “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una *ayuda de vivienda* para garantizar la existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes según las modalidades establecidas por el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

Algo semejante puede observarse en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (COEA), de 1948, que reconoce “el derecho a una vivienda adecuada para todos los sectores de la población” en su art. 34 (k). También la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), del mismo año contempla, de un modo u otro, disposiciones vinculadas al derecho a la vivienda en sus arts. 8, 11 y 23, al igual que el Protocolo Adicional de San Salvador de 1988 (PAS), recientemente entrado en vigor, que lo recoge de manera indirecta en su art. 11.

La abundancia de términos empleados para describir los derechos habitacionales ha llevado a parte de la doctrina a equiparar el derecho a una vivienda digna con la inmediata obligación de los gobiernos de proveer una casa a cualquiera que lo requiera. Siendo así, se afirma, el derecho a la vivienda sería un derecho de alto costo, que a diferencia por ejemplo de los derechos civiles y políticos, no admitiría una protección inmediata y quedaría sencillamente supeditado a la “reserva de lo económico posible”¹³.

265

No obstante, esta traducción literal de la expresión no refleja ni la práctica de los estados ni la interpretación que en el derecho internacional se ha dado a la misma. El derecho a una vivienda adecuada no supone que el estado deba construir viviendas para toda la población, o que deba proveerla de manera gratuita a toda persona que la solicite, ni siquiera que deba cumplir de manera *inmediata* con *todos* los aspectos que el derecho involucra.

En cambio, lo que los estados sí deben hacer una vez que aceptan sus obligaciones internacionales en materia de vivienda es procurar, por *todos* los medios posibles, que *todos* tengan acceso a recursos habitacionales adecuados para su salud, bienestar y seguridad, recursos que deben ser consistentes con otros derechos fundamentales ¿Pero qué significado tiene esta expresión?.

13. Así, R. García Macho, *Las aporías de los derechos...*, cit. pp. 97 y ss.

En su Observación General (OG) nº 4, de 1991, el CDESC establece el alcance del derecho a una vivienda adecuada previsto por el párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC. Esta OG ha sido utilizada por el CDESC tanto para enjuiciar los informes oficiales presentados por Estados que han ratificado el PIDESC¹⁴ como los informes “alternativos” facilitados al Comité por organizaciones cívicas involucradas en la defensa de los derechos humanos y, particularmente, del derecho a la vivienda. Pero también los tribunales nacionales, de manera progresiva, han comenzado a reenviar a estas OG a la hora de enjuiciar la adecuación de las políticas públicas internas a las disposiciones constitucionales de sus respectivos estados.

En ese sentido, de acuerdo a la OG nº 4 el carácter “adecuado” del derecho a la vivienda estipulado en el PIDESC supone algo más que cuatro paredes y un techo sobre la cabeza. Como mínimo, incluye los siguientes elementos:

a) Seguridad jurídica de la tenencia.

Una tenencia segura es la piedra de toque del derecho a una vivienda adecuada. La tenencia puede adoptar diversas formas, desde el alquiler, público o privado, la vivienda en cooperativa, el arriendo o los asentamientos informales. Pero lo que distingue a un derecho de una simple concesión revocable o de una mercancía es la posibilidad de gozar de su objeto con una cierta certidumbre, esto es, de una manera relativamente estable y con cierta inmunidad frente a alteraciones arbitrarias en su goce provenientes del estado o del mercado.

266

La seguridad jurídica es un elemento fundamental para todo ocupante: lo protege, entre otras cosas, contra hostigamientos, desalojos, expropiaciones y traslados arbitrarios, o contra aumentos súbitos o excesivos en los alquileres, introducidos por afán de ganancia, por especulación, o por razones que no reconocen los derechos de los inquilinos¹⁵. Adquiere una especial gravitación para algunos colectivos, como las mujeres, que pueden verse forzadas a abandonar sus viviendas a causa de situaciones de violencia doméstica o que son discriminadas en el acceso a un título jurídico estable sobre sus casas o tierras, lo que puede facilitar su desalojo, por ejemplo, en situaciones de disolución matrimonial o de muerte de sus maridos¹⁶.

14. Igualmente, tiene interés la OG nº 7 referida a los desalojos forzados.
15. Vid., al respecto, el art. 6 del “Proyecto de Convención Internacional sobre el Derecho a la Vivienda” (PCIDV), preparado por el entonces Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas, Rajindar Sachar, en 1994. Doc. ONU, E/CN. 4/Sub.2/1994/20.
16. Cfr. al respecto, *Women and Housing Rights*, Center On Housing Rights and Eviction (COHRE), Ginebra, 2000, pp. 9 y ss.

b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura

Una vivienda adecuada debe asimismo contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Así, el acceso al agua potable, alcantarillado, retirada de basuras, electricidad, calefacción (cuando fuera necesario), energía para cocinar y ventilación. Igualmente la disposición de ciertos servicios comunitarios, como servicios de bomberos y ambulancias en casos de emergencia, transportes públicas, carreteras y otros servicios en las cercanías¹⁷.

c) Gastos soportables

De conformidad con este principio, los gastos habitacionales deben ser de un nivel tal que no impida ni comprometa el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Lo cual comporta, también, la protección de los inquilinos, por ejemplo, contra aumentos repentinos o desproporcionados de los alquileres.

d) Habitabilidad

Otro requisito para la consideración de una vivienda como “adecuada” es, según la OG nº 4, su habitabilidad. En virtud del mismo, una vivienda debe ser segura y salubre, incluir espacio, intimidad y protección suficiente del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento y otros peligros para la salud, peligros estructurales y otros factores patógenos¹⁸.

e) Asequibilidad

267

Una vivienda adecuada debe ser asequible para todas las personas. Sobre todo para personas con necesidades de vivienda especiales, incluidas (pero no sólo) las mental o físicamente impedidas, las personas mayores, los enfermos próximos a morir, los infectados con VIH, los afectados por problemas médicos persistentes y los niños¹⁹.

f) Lugar

La adecuación de una vivienda comprende también el derecho a que ésta se encuentre situada en un lugar que permita el acceso a opciones de empleo, centros de atención para niños y sobre todo, que no ponga en peligro el disfrute de otros derechos, principalmente la salud o la vida de sus ocupantes, por ejemplo, por razones de contaminación.

17. Vid. arts. 7 y y 24 del PCIDV.

18. Vid. art. 9 del PCIDV.

19. Vid. art. 10 del PCIDV.

g) Adecuación cultural.

Finalmente, al igual que todos los derechos sociales, el derecho a la vivienda comprende tanto elementos universalizables, vinculados a las necesidades comunes de las personas, como elementos diferenciados, relacionados con los contextos culturales en los que resultan garantizados. A resultas de ello, las políticas de vivienda y los materiales en que se apoyan deben ser capaces de expresar la identidad cultural y la diversidad del lugar y de los colectivos involucrados. Es el caso de las poblaciones indígenas, para las que el derecho a la vivienda debe interpretarse a menudo en estricta conexión con sus derechos sobre la tierra. En esta relación, a su vez, el aspecto intergeneracional suele ser crucial para la identidad, supervivencia y viabilidad cultural de estas poblaciones²⁰.

Dicho esto, es evidente que los estados no pueden satisfacer de manera *inmediata* todos los elementos que integran el contenido del derecho a una vivienda adecuada. El derecho internacional reconoce esta imposibilidad, pero si bien la satisfacción del derecho puede ser progresiva, la adopción de medidas para alcanzar ese objetivo debe tener lugar, si no en forma inmediata, en un tiempo razonablemente breve. Dicho de otro modo: el deber de *progresividad* no puede confundirse con una postergación *sine die* de las obligaciones estatales en materia de vivienda. Los estados están obligados, al menos, a proteger el “umbral mínimo” de obligaciones sin el cual el derecho resultaría totalmente desnaturalizado y en ese sentido, a adoptar “todas las medidas adecuadas” y “hasta el máximo de los recursos disponibles” para satisfacer el derecho en cuestión, otorgando *prioridad* a los grupos más vulnerables y a los que tienen necesidades más *urgentes*.

268

La diligencia en la adopción de esas medidas no puede presumirse. Corresponde al estado, ante un reclamo concreto, y no a los ciudadanos, demostrar que se han realizado todos los esfuerzos posibles, y teniendo en cuenta el máximo de recursos disponibles: humanos, tecnológicos, de información, naturales y financieros, para cumplir con sus obligaciones en materia de derecho a la vivienda²¹.

Contra este tipo de exigencias suele argumentarse, una vez más, que aunque resulten razonables existen límites fiscales y de orden presupuestario de peso que, en último término, impedirían la realización del derecho. Esa posición, sin embargo, elude el hecho de

20. Vid. Doc. N.U., E/CN.4/2001/51; párr. 74.

21. Cfr., al respecto, R. Robertson, “Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the Maximum Available Resources to Realizing Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, nº 4, 1994. pp. 693-694.

muchas de las obligaciones asociadas con los derechos habitacionales no requieren desembolso monetarios. Dicho de otro modo: la garantía de los derechos sociales, como la de todos los derechos, tiene un costo, pero eso no significa que todos los elementos que conforman el derecho supongan asignaciones sustanciales de recursos monetarios.

Esto puede advertirse cuando se analiza con más detenimiento el tipo de obligaciones que el derecho a la vivienda adecuada comporta. Contra lo que suele afirmarse, el derecho a la vivienda no se reduce a un derecho unilateral de prestación es más bien un derecho híbrido, que produce tanto obligaciones positivas como negativas o, de acuerdo a una caracterización también extendida, obligaciones de *respeto*, de *protección* frente a particulares, de *satisfacción* e incluso, podría agregarse, de *información*²².

1) Las obligaciones de *respeto* son un buen ejemplo de deberes estatales que no siempre suponen un desembolso monetario, obligan a los estados a abstenerse de realizar ciertas prácticas y a facilitar la autoayuda de los propios grupos afectados.

Así, por ejemplo, obliga a los estados a observar el principio de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar medidas “deliberadamente regresivas” en cuestiones de vivienda que carezcan de “justificación suficiente” en relación “con la totalidad de derechos previstos por el PIDESC”²³. De acuerdo con esta obligación, que según el CDESC subsiste incluso en tiempos de contracción económica, “un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda que fuera directamente atribuible a las decisiones de política general, a las medidas legislativas de los Estados Partes y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto”²⁴.

269

Y ya en un sentido más concreto, la obligación de respeto proscribe los desalojos forzados, esto es, las expulsiones de las personas de sus hogares o tierras atribuibles a los poderes públicos de manera directa o indirecta

22. Vid. OG nº 3 del CDESC sobre la índole de las obligaciones de los Estados partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto). En referencia al contenido de las obligaciones del PIDESC, Vid. asimismo, los Principios de Limburgo para la Implementación del PIDESC, de 1986, y las Directivas de Maastricht sobre Violaciones a los DESC, de 1997.

23. Vid. OG nº 3.

24. OG nº 4, párr. 11. Debería, por ejemplo, considerarse una vulneración del principio de *no regresividad*, la decisión del gobierno español de eliminar la desgravación fiscal de los gastos por alquiler de vivienda sin avanzar prácticamente en la necesaria mejora del tratamiento fiscal de la oferta de vivienda en alquiler. O el hecho de que, sin una justificación adecuada, el porcentaje de viviendas protegidas sobre el total de viviendas iniciadas haya caído drásticamente desde 1993: un 49.3%, al 2000: apenas un 7.5%. Vid., al respecto, C. Narbona, “De nuevo, la vivienda”, en El País, Madrid, 30 de julio de 2001.

(bien por dirigirlas, bien por consentir los desalojos practicados por terceros). En la actualidad, las situaciones que conducen al desalojo forzoso de personas y comunidades enteras son numerosas: desde el desarrollo de infraestructuras o la celebración de eventos internacionales de prestigio (como los Juegos Olímpicos) pasando por las reformas urbanas, los reclamos de terrenos públicos ocupados, la reducción o supresión de subsidios en materia de vivienda para grupos de bajos ingresos o el desplazamiento forzoso de poblaciones en el contexto de conflictos armados o limpiezas étnicas. De acuerdo al CDESC, sin embargo, los desalojos forzados sólo están justificados en situaciones “excepcionales” y de acuerdo con “los principios relevantes del derecho internacional”²⁵. Dichos principios comprenden el escrupuloso respeto de una serie de deberes de tipo procedural: el deber de consulta a los afectados, el deber de notificación adecuada en un tiempo previo razonable, el deber de los funcionarios públicos o de sus representantes de estar presentes durante los desalojos, la prohibición de llevar adelante desalojos de noche o con mal tiempo, la obligación de poner a disposición de los afectados mecanismos legales de control o, al menos, medidas alternativas y razonables de realojamiento²⁶.

2) En otros casos, lo que se exige del estado es la *protección* frente a posibles intervenciones arbitrarias de terceros en el goce del derecho a la vivienda. Estos deberes de protección cobran especial relevancia en un contexto en el que las violaciones al derecho a la vivienda provienen no sólo del estado sino del mercado, es decir, no sólo de poderes públicos, sino sobre todo de agentes privados o de empresas (que a menudo actúan en connivencia con el propio estado).

270

Conforme a este deber, que constituye una manifestación específica de la eficacia horizontal de los derechos (*Drittewirkung der Grundrechte*), también las instituciones y particulares quedan obligados al respeto del derecho a la vivienda, sobre todo en situaciones que afecten a grupos vulnerables y en las que dichos particulares (propietarios y arrendadores de tierra o viviendas) gocen de una especial relación jurídica con los recursos en cuestión.

25. Cfr. OG nº 4, pár. 18. En la OG nº 2, por su parte, se insta a las instituciones financieras internacionales (Banco Mundial, FMI) a evitar de manera escrupulosa los proyectos que involucren desalojos o desplazamientos en gran escala (art. 22).

26. Ya en su 5º Sesión de 1990, el CDESC consideró, por primera vez en relación con un Estado, que el desalojo forzado de 15.000 familias en República Dominicana, era lo “suficientemente serio” como para considerar que vulneraba las garantías del art. 11 del PIDESC. En su 6º Sesión, por su parte, el CDESC estableció que unos desalojos a gran escala que habían tenido lugar en Panamá constituyan no sólo una violación del derecho a la vivienda de los ocupantes sino también de sus “derechos a la privacidad y a la seguridad”. Y con respecto a Filipinas, en 1995, llegó a sostener que el hecho de que un número significativo de personas amenazadas con desalojos no recibieran realojamiento adecuado, resultaba “incompatible con el respeto al derecho a la vivienda”.

Así, son deberes de protección los encaminados a impedir la especulación en la esfera de la vivienda, evitando que los propietarios de inmuebles dejen sus propiedades vacías e inutilizadas o recurran a aumentos súbitos o excesivos de los alquileres por afán de ganancia, sin reconocer los derechos de los inquilinos. O aquéllos dirigidos a impedir la discriminación de inquilinos basada en el nivel de ingresos, el sexo, la incapacidad, la raza, el credo, el estado familiar, la orientación sexual, el estado médico, la ciudadanía, el estado de empleo o la percepción de prestaciones de bienestar o de asistencia pública²⁷.

1) El deber de *satisfacción*, por su parte, es la obligación positiva por excelencia que incumbe a los poderes públicos. En ocasiones esa obligación no es costosa: por ejemplo, la provisión de títulos de tierra y de seguridad en la tenencia, la aprobación de legislación sobre reforma agraria, el aseguramiento de provisiones anti-discriminatorias o el apoyo legal a organizaciones comunitarias.

Ciertamente, también puede entrañar prestaciones concretas y medidas redistributivas: reformas tributarias progresivas, oferta pública de viviendas subvencionadas o promoción y apoyo financiero de planes para facilitar el acceso a la una vivienda económicamente asequible. Más aún, aunque a la luz del derecho internacional los estados no resultan necesariamente obligados a la provisión de una vivienda para quien lo solicite, algunos países han optado por establecer obligaciones de este tipo en casos determinados. La legislación finlandesa, por ejemplo, obliga al gobierno local a proveer recursos habitacionales a las personas discapacitadas bajo ciertas condiciones (Act N° 380/1987, art. 8. 2). En el Reino Unido, la Ley de Vivienda de 1985 exige a los ayuntamientos locales proveer de alojamiento a las familias sin hogar y a personas en situación de necesidad (sección 63). También establece prioridades, determinando categorías de personas como mujeres embarazadas o personas vulnerables por su edad avanzada, por enfermedad mental o por incapacidad física. Asimismo, estipula el número permitido de personas por vivienda y las normas mínimas de una vivienda adecuada. Leyes semejantes relativas a las personas sin hogar existen en Irlanda del Norte o en la ley escocesa de 1987. Y en algunas ciudades estadounidenses, como Nueva York, las autoridades públicas están obligadas a proveer al menos un refugio temporal a personas y familias sin hogar. No hay por tanto impedimentos estructurales. En muchos casos es cuestión de prioridades políticas.

27. Vid. al respecto, los arts. 2, 6 y 26 del PCIDV.

4) Finalmente, incumbe al Estado un deber de información en materia de vivienda. Esta obligación incluye informar y dar publicidad de leyes y disposiciones administrativas en materia de vivienda, sobre todo de aquellas referidas a la oferta existente, a la situación de viviendas no ocupadas o disponibles para alquilar, a los regímenes de ayudas, a los peligros ambientales próximos a las viviendas, o a los casos más urgentes de privación dentro de la población. El control ciudadano sobre la información pública disponible en materia de vivienda es un elemento indispensable para conjurar los desvíos ilegales de fondos y los casos de corrupción, así como para dotar de mayor eficacia a los sistemas públicos de asignación de vivienda. Al mismo tiempo, es un instrumento central para la seguridad jurídica de los ocupantes. Así, todas aquellas disposiciones que propongan un proyecto, plan, programa o legislación que tenga un efecto, cualquiera que sea, en las circunstancias de vivienda de una persona, deberían ir acompañadas de toda la información disponible a las personas y comunidades afectadas, en forma oportuna y completa, garantizando así su derecho al debido proceso.

3. La justiciabilidad del derecho a la vivienda: vías para su reconocimiento

Ciertamente, entre las obligaciones estatales de tutela del derecho a la vivienda, las garantías políticas siguen siendo las garantías primarias por excelencia. Hoy por hoy, sólo la actuación legislativa, y en su caso administrativa, de los poderes públicos, permitiría introducir, por su legitimidad y por los mecanismos organizativos a su alcance, las transformaciones estructurales que las vulneraciones del derecho a la vivienda requieren: repartir la tierra, impedir la especulación, financiar los sistemas públicos de construcción de viviendas.

272

Sin embargo, es una lección incontestable que la satisfacción del derecho a la vivienda no puede confiarse de manera exclusiva a la discrecionalidad del poder político. La experiencia de las últimas décadas enseña, incluso en los países “avanzados”, que no hay poder político “bueno” o “inocente”, inmune a la burocratización y a las presiones mercantilistas, y que ni siquiera el control electoral periódico es un mecanismo suficiente para erradicar ese riesgo. Supeditar la observación de las obligaciones legales antes mencionadas a la simple voluntad de auto-limitación de las mayorías legislativas y de los aparatos administrativos “realmente existentes”, sería condenarlas a un estatuto incierto: a concesiones revocables en el mejor de los casos, a simples “derechos sobre el papel” en el peor²⁸.

28. Vid., sobre esta idea, Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, Miguel Carbonell (ed.), Fontamara, México, 2001.

Ese límite, precisamente, es el que justifica la introducción de garantías secundarias, jurisdiccionales, del derecho a la vivienda, que puedan activarse en caso de insuficiencia o ausencia de garantías políticas primarias. Contra esta posibilidad milita la tesis del carácter no justiciable del derecho a la vivienda²⁹. Sus bazas principales, en cierto modo ya anticipadas, se reconducen a dos argumentos: el de la legitimidad y el de la competencia³⁰.

De acuerdo al primero, la justiciabilidad del derecho a la vivienda supondría supeditar las acciones, y lo que es peor, las omisiones del legislador, a los designios de los tribunales. Una posibilidad de este tipo, se dice, introduciría en las democracias representativas un inadmisible elemento antidemocrático: la restricción de la facultad de libre configuración de las políticas sociales por parte de representantes electos, otorgando la última palabra en la materia a funcionarios jurisdiccionales sin responsabilidad directa ante el electorado o en otros términos, la subordinación de la política al derecho y los criterios legislativos a los de los jueces³¹.

La segunda objeción invoca cuestiones de viabilidad técnica. Básicamente, se sostiene que la protección de un derecho como la vivienda exigiría de los jueces una serie de capacidades técnicas en relación con la asignación de recursos y de información relevante en materia de políticas públicas de las que con frecuencia carecen.

Ninguna de las razones, sin embargo, resulta concluyente. Ante todo, si lo que se pretende es que los tribunales difieran al legislador todas las cuestiones que involucren decisiones fiscales o de política social, lo lógico sería no optar por democracias constitucionales. A diferencia de las democracias legislativas, fundadas en la idea de la soberanía parlamentaria, una democracia constitucional supone límites, incluso a las mayorías electorales, cuando éstas, por acción u omisión, vulneran derechos de los ciudadanos. Todos los derechos, incluidos los civiles y políticos suponen límites a los márgenes de actuación del poder político, incluso en lo que concierne a sus facultades presupuestarias.

273

29. Ésta es, en general, la tesis de R. García Macho, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, cit. p. 127. Sin embargo, el propio autor reconoce que los tribunales podrían objetar la constitucionalidad de una ley que contradiga la realización del derecho a una vivienda digna o considerar inconstitucional las omisiones del legislador que produjeran efectos contrarios a la vigencia del derecho que sin ella no hubieran tenido lugar. Así, en pp. 137 y 166.

30. Cfr. Cecile Fabre, *Social Rights under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 128 y ss. y 152 y ss.

31. Tendría lugar, argumenta García Macho, el paso del Estado legislativo al Estado judicial. Vid. *Las aporías de los derechos...*, cit. p. 104.

Además, al afectar sobre todo a los grupos más vulnerables de la sociedad, la ausencia de garantías jurisdiccionales en materia de vivienda, lejos de redundar en beneficio del sistema democrático, actúa en su detrimento. No sólo porque a la sombra de esta laguna aumentan la marginación y la exclusión, y en consecuencia, decae la legitimidad del sistema en su conjunto sino también porque en muchos casos las decisiones que vulneran derechos sociales ni siquiera son decisiones legislativas. Son cambios reglamentarios y decisiones administrativas adoptadas a puertas cerradas, sin audiencias, sin consultas, sin debate, sin procedimientos, en suma, democráticos. La distinción, en síntesis, entre derechos civiles “justiciables” y derechos sociales “políticamente realizables” se resuelve en un elemento de discriminación antes que de democratización.

Del mismo modo, tampoco el argumento de la falta de competencias resulta insuperable. Ninguna de las dificultades técnicas que se atribuye a la justiciabilidad de los derechos sociales pueden excluirse en el caso de los derechos civiles y políticos. El desarrollo de indicadores adecuados sobre derechos habitacionales puede ser una buena manera de facilitar el escrutinio jurisdiccional³². Y en último término, que los órganos jurisdiccionales tengan algo que decir en materia de control y garantía de los derechos sociales no supone que deban tener la única y ni siquiera la última palabra en la cuestión. De las muchas opciones que el legislador tiene en materia de política habitacional, por ejemplo, los jueces pueden exigirle que ponga en marcha alguna, dando prioridad a los casos más urgentes y a los grupos más necesitados de protección en sus derechos, e incluso sugiriéndole un término razonable para hacerlo. Los controles intermedios no tienen porque ser controles definitivos, y el intercambio de información y de demandas entre instancias jurisdiccionales, legislativas, administrativas y ciudadanas puede verse

32. De todos los indicadores disponibles en materia de derechos sociales, los referidos a derechos habitacionales son quizás los menos sólidos. El Comité de Expertos Independientes que monitorea el cumplimiento de la Carta Social Europea ha desarrollado por ejemplo lo que se conoce como el *umbral de dignidad* para determinar si un estado ha protegido de manera adecuada el derecho a un estándar digno de vida. Ese estándar no es el mismo para todos los estados, pero está basado en el 68% del salario medio del país respectivo. Este tipo de indicadores podrían desarrollarse también para el derecho a la vivienda. Scott Leckie identifica 8 áreas: 1) gasto público en vivienda y porcentaje del presupuesto nacional; 2) porcentaje de la población con acceso a agua potable y a electricidad en su vivienda; 3) porcentaje de la población con situaciones de tenencia legalmente aseguradas; 4) gasto medio en vivienda por unidad familiar en relación con los ingresos; 5) porcentaje de la población que reside en viviendas de manera informal o irregular; 6) total de personas sin hogar; 7) estatuto legal de los derechos habitacionales; 8) nivel de acceso a recursos judiciales y de otro tipo, imparciales y asequibles. Vid. “Housing Rights”, en *UNDP Human Development Report 2000*, pp. 10 y ss.

como una mejor manera, más eficaz y dialógica, de identificar los supuestos de violación de los derechos y los mecanismos más idóneos para su reparación³³.

De hecho, muchas de las objeciones a la justiciabilidad del derecho a la vivienda han sido rebatidas no ya en el plano dogmático sino en la propia práctica jurisprudencial. La OG n° 4 del CDESC identifica al menos seis áreas específicas en las que el derecho a la vivienda es perfectamente susceptible de escrutinio judicial: a) las apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; b) los procedimientos jurídicos que persiguen la indemnización de un desahucio ilegal; c) los reclamos contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por propietarios públicos o privados en relación con los niveles de alquiler, el mantenimiento de la vivienda y la discriminación racial o de otro tipo de los inquilinos; d) las denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y acceso a la vivienda; e) las reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de vivienda insalubres o inadecuadas y f) las acciones de clase relacionadas con situaciones de incremento significativo en los niveles de falta de hogar.

Pero no se trata, como se ha apuntado, de simples previsiones teóricas. La jurisprudencia en el derecho comparado es lo suficientemente nutrida como para rechazar las objeciones “estructurales” a las estrategias jurisdiccionales de protección, directa o indirecta, de aspectos relevantes del derecho a la vivienda.

275

a) En el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, muchos casos relacionados con cuestiones de vivienda han involucrado violaciones, bien del art. 8, que protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el hogar y la correspondencia, prescribiendo la interferencia de las autoridades públicas con el ejercicio de ese derecho, bien del art. 1 del Protocolo I de la Convención, que prevé que toda persona natural o jurídica tiene derecho al

33. Un buen ejemplo de este intercambio dialógico, aunque no condescendiente, de información institucional puede extraerse del caso planteado por la Unión de Personas por las Libertades Civiles (UPCL) al Tribunal Supremo de la India, en abril de 2001. La UPCL exigió al Tribunal la inmediata utilización de los depósitos de alimentos de Rajasthan, como respuesta para mitigar las consecuencias de la sequía y para prevenir el hambre. El Tribunal Supremo aprobó diversas órdenes internas obligando a diferentes estados a emitir información y a asegurar la transparencia de los programas alimentarios existentes así como de sus beneficiarios. A partir de ese intercambio informativo, que contribuyó a identificar las insuficiencias en los programas públicos y las vulneraciones del derecho a la alimentación, ordenó a los gobiernos estatales que liberaran granos de sus silos y modificaran la ración alimenticia reconocida hasta entonces. Al respecto, puede verse www.geocities.com/righttofood.

disfrute pacífico de sus posesiones, de las que no puede ser privada sino en casos de interés público sujetos a las condiciones establecidas por la ley y por los principios generales del derecho internacional. A menudo, dichas previsiones han sido leídas en conexión con otros artículos de la Convención, como el 14, que prohíben la discriminación.

Así, en el caso *Akdivar y Otros c. Turquía* (1996), referido a desalojos en gran escala, realojamiento forzoso y demolición de asentamientos por parte del gobierno turco, el Tribunal estimó que se había producido una violación del art. 8 de la Convención y del art. 1 del Protocolo I y ordenó al estado que indemnizase a los afectados. De modo similar, el Tribunal también ordenó compensación por violación del art. 8 en *López Ostra c. España* (1994), donde se alegaba la violación del derecho al respeto del hogar debido a la ausencia de control municipal sobre una industria contaminante que afectaba la salud y seguridad de quienes vivían en los alrededores. Y en *James y otros c. Reino Unido* (1986), a su vez, entendió que una regulación legislativa de 1967 a favor de inquilinos de largo plazo no suponía una violación del art. 1 del Protocolo I sobre el disfrute pacífico de la propia posesión³⁴.

b) De igual modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cumplimiento de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre o de la Convención de Derechos Humanos, ha considerado algunos casos potencialmente relacionados a la protección de derechos habitacionales.

276

En *Velásquez-Rodríguez* (1988), alegando el art. 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se incluyó en la compensación por violación de derechos humanos por parte del gobierno de Honduras (específicamente, la desaparición del Sr. Velázquez Rodríguez) el derecho a “una vivienda adecuada, equivalente a la vivienda de una familia profesional de clase media”. En el caso *Miskito*, a su vez, la Corte se refirió a las circunstancias en las que el gobierno podía derogar las previsiones de protección frente a realojamientos forzados. Por último, en los casos *Isabela Valásques y Francisco Valásques; Ronal Momero Mota et. al.; Eleodoro Polanco Arévalo; Adolfo René y Luis Pacheco del*

34. En diciembre de 2001, la Corte de Apelaciones del Reino Unido entendió en *Oazi v. Harrow LBC* que el art. 8 del Convenio Europeo impedía a un ayuntamiento desalojar a un inquilino de una vivienda municipal cuyo contrato había sido rescindido. En su decisión, la Corte consideró que el período de residencia del demandado había creado un “vínculo suficiente” con la vivienda, independientemente de la ruptura contractual. Igualmente, tuvo en cuenta las necesidades habitacionales del inquilino y su capacidad financiera para encontrar otra vivienda en el mercado. Vid. un análisis crítico de esta decisión en Ian Loveland, “When is a house not a home under Article 8 ECHR?”, *Public Law*, Oxford, Summer 2002. pp. 221 y ss.

Cid y Nicolás Matoh et. al., la Corte consideró las responsabilidades del ejército guatemalteco por la destrucción de viviendas.

c) El propio Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, creado por Resolución nº 827 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, analizó varios casos en los que desalojos arbitrarios, traslados forzados y actos de destrucción de vivienda eran juzgados no sólo como crímenes de guerra sino también como vulneraciones de derechos habitacionales. Así, por ejemplo, en *Prosecutor v. Tadic* (2000), en *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (2000) o en *Prosecutor v. Goran Jelisic* (1999).

d) Pero tampoco en los Estados nacionales han faltado relevantes casos testigo referidos, de manera directa o indirecta, a la exigibilidad del derecho a la vivienda. En ocasiones, estos casos han tenido lugar en estados cuya Constitución no consagra de manera explícita el derecho a la vivienda como un derecho fundamental³⁵.

En Estados Unidos los fallos al respecto son abundantes. En 1979, por ejemplo, el Tribunal Supremo de Nueva York consideró, en *Callahan v. Carey*, que la Constitución estatal incluía el derecho a un refugio para los "sin techo". A la luz de ese precedente sostuvo luego, en *Eldredge v. Koch* (1983), que en virtud de la cláusula de igual protección contemplada tanto en la Constitución federal como en la estatal, dicho beneficio debía aplicarse también a las mujeres. En *Mc Cain v. Koch* (1987), a su vez, dispuso que el Tribunal Supremo era competente para ordenar al Departamento de Servicios Sociales, Vivienda, Preservación y Desarrollo de Nueva York que, en casos de emergencia, proveyese de casas con estándares mínimos de salud, seguridad y dignidad a familias con niños y sin hogar. En fechas más recientes, en 1999, el propio Tribunal Supremo amparó a grupos sin hogar al considerar inconstitucionales una ley de California que discriminaba a los nuevos residentes en la recepción de beneficios sociales y una ordenanza de Chicago que penalizaba el vagabundeo y dormir en la calle.

277

En Canadá, por su parte, el Comité de Supervisión del Código de Derechos Humanos de Ontario admitió en *Kearney et. al. v. Bramalea Ltd. et. al.* (1998) una demanda contra políticas para propietarios de vivienda que autorizaban la descalificación de aspirantes de bajos ingresos sobre la base de un criterio arbitrario de "ingreso mínimo". Los demandantes alegaron, con éxito, que la exigencia de dichos mínimos

35. Lo que puede proporcionar un interesante ejemplo para países como España, que incluyen al derecho a la vivienda entre los principios rectores de la política social y económica (cap. III, tít. I) y lo excluyen, en principio, de los derechos directamente amparables.

constituía una discriminación contra los beneficiarios de asistencia social, mujeres, jóvenes, madres solteras, minorías raciales y otros grupos protegidos por la legislación de derechos humanos³⁶.

Ahora bien, la justiciabilidad del derecho a la vivienda no sólo encuentra precedentes en países centrales. Un buen ejemplo de ello es la India, que lo protegió a través de las previsiones del art. 21 de su Constitución, referidas al derecho a la vida³⁷. En 1987, el Tribunal Supremo estableció por primera vez, en el caso *Mankela Gandhi v. Union of India*, que las disposiciones constitucionales sobre este derecho debían interpretarse como “el derecho a vivir con dignidad”. Sobre la base de estos antecedentes, a su vez, el tribunal sostuvo, en *Francis Coralie v. Union Territory of Delhi* (1981), que una vida digna incluía ciertas necesidades básicas como “una alimentación adecuada, vestido y refugio”. Asimismo, en lo que llegó a convertirse en un verdadero *leading case* del derecho comparado, *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* (1985), el Tribunal estimó que el desalojo forzoso de unos refugios callejeros en Bombay privaba a los afectados de su capacidad para ganarse la vida y que, por lo tanto, constituía una vulneración del art. 21 de la Constitución. Y en *Ram Prasad v. Charmain, Bombay Port Trust*, (1989), directamente ordenó a las autoridades públicas competentes que no desalojaran a 50 familias ubicadas en asentamientos precarios, a menos que se les ofreciera un alojamiento alternativo³⁸.

36. En septiembre de 2001, el Tribunal Supremo de Canadá oirá en apelación el caso *Gosselin c. Quebec*. Louise Gosselin era beneficiaria de un programa asistencial de Quebec que redujo sus ayudas para personas “empleables” y menores de 30 años de \$434 a \$170 por mes. Dicha reducción (que imposibilita *de facto* una vida digna en Montreal) la condenó a dormir en albergues insalubres e incluso llegó a ser violada por un hombre del que recibía comida. Los tribunales inferiores rechazaron las alegaciones de la señorita Gosselin sosteniendo que el derecho a un nivel de vida, alimentación y vivienda adecuadas, protegidos por el PIDESC, no resultaban exigibles a la luz de la Carta de Derechos de 1982, que no recoge de manera explícita derechos sociales. Planteado en 1989, el caso Gosselin será irónicamente el primero en el que se alegue una infracción a la Carta por razones de pobreza y falta de hogar. Vid., al respecto, Bruce Porter, “Rewriting the Charter at 20 or Reading it Right: The Challenge of Poverty and Homelessness in Canada”, presentado ante la *Canadian Bar Association*, Ottawa, 2001.
37. Cfr., por ejemplo, B.P. Jeewan Reddy y R. Dhavan, “The jurisprudence of Human Rights”, en *Human Rights and Judicial Review*, Kluwer, Netherlands, 1994. pp. 203 y ss.
38. No todo, sin embargo, son tendencias garantistas. Contra estos antecedentes, el Tribunal Supremo acaba de dictar un fallo que puede considerarse un auténtico revés en la protección del derecho a la vivienda. En *Narmada Bachao Andolan c. La Unión de la India y otros* (2000), se discutía la continuación de las obras del embalse de Narmada, y su impacto considerable, tanto sobre el medio ambiente como sobre centenares de miles de miembros de las tribus del valle de Narmada, que fueron desplazados sin un plan adecuado de reasentamiento y rehabilitación. El Tribunal Supremo, sin embargo, sostuvo, contradiciendo su jurisprudencia anterior, que “el desplazamiento de las poblaciones tribales y otras personas no daría lugar *per se* a una violación de sus derechos fundamentales u otros derechos” y admitió que la construcción del embalse continuara. La escritora Arundhati Roy ha realizado una commovedora crónica de este caso y del movimiento de defensa de los derechos de los pobladores del valle. Vid. “La política energética y el poder, o la reencarnación de Rumpelstilskin”, en *El álgebra de la justicia infinita*, Anagrama, Barcelona, 2002. pp. 137 y ss.

Pero ha sido en Sudáfrica, tras la caída del apartheid y al promulgación de una Constitución democrática, la de 1997, donde ha tenido lugar uno de los fallos más relevantes en materia de derecho a la vivienda, tanto por sus perfiles jurídicos como por sus consecuencias sociales. El pronunciado por la Corte Constitucional en el caso *The Government of the Republic of South Africa and Others. v. Grootboom, Irene and Others*, de 4 de octubre de 2000³⁹.

En su sentencia, la Corte analiza el derecho a la vivienda de 390 personas mayores de edad y 510 niños obligados a vivir en condiciones deplorables mientras esperaban su turno que se les asignasen viviendas de renta accesible. Para emitir su fallo, el tribunal tiene en cuenta el art. 39 de la Constitución de Sudáfrica, el art. 11.1 de PIDESC y las obligaciones básicas mínimas para los estados parte fijadas en la OG n° 3. En lo que hace al fondo del asunto, y a la luz del art. 26 de la Constitución, que regula el derecho de acceso a una vivienda adecuada⁴⁰, juzga la “razonabilidad” de las medidas adoptadas por el gobierno para alcanzar ese objetivo y sostiene, al respecto, que para ser “razonables”, las medidas en cuestión deben atender a quienes más lo necesitan, a aquellos que se encuentran en una situación de mayor peligro o vulnerabilidad en el acceso al derecho social concreto, más allá de su cobertura general.

Sobre la base de este auténtico principio de prioridad del más débil (*favor debilis*), y teniendo en cuenta la información pública disponible, el tribunal entiende que el programa habitacional vigente en la Provincia del Cabo Occidental, a pesar de su correcto diseño general, no brinda ninguna solución a los sectores con necesidades imperiosas, lo que constituye una vulneración del aludido art. 26. En consecuencia, decide emitir una orden declarativa por la cual “requiere al Estado actuar para cumplir la obligación impuesta por el art. 26 (2) de la Constitución. Esta obligación incluye la obligación de diseñar, solventar, implementar y evaluar medidas para proveer soluciones a aquellas personas con necesidades de vivienda imperiosa”. Asimismo, la Corte encarga a la Comisión de Derechos Humanos, órgano de rango constitucional, tareas de supervisión y contralor en la ejecución de la sentencia por parte del gobierno.

39. Vid., al respecto, Cass Sunstein, “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”, en *Designing Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2001. pp. 221 y ss.; y Víctor Abramovich y Christian Courtis, “La justiciableidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana”, en *Jueces para la Democracia*, n° 40, 2001. pp. 71 y ss.
40. Según el art. 26 de la Constitución sudafricana: “1) Todos tienen derecho a acceder a una vivienda adecuada; 2) El Estado debe adoptar medidas razonables, tanto legislativas como de otra índole, conforme a los recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de este derecho; 3) Nadie puede ser desalojado de su hogar, o sufrir la demolición de su hogar, sin orden judicial adoptada una vez consideradas todas las circunstancias relevantes. La legislación no puede permitir los desalojos arbitrarios”.

En mayo de 2001, la Corte Constitucional resolvió otro caso en materia de vivienda, *Minister of Public Works and Others v. Kyalami Ridge Environmental Association and Others*, en el que un grupo de vecinos de Kyalami se quejaba porque la instalación junto a sus residencias de un campamento municipal provisional para afectados por una inundación disminuía el valor de sus propiedades. Siguiendo la línea argumental establecida en *Grootboom*, la Corte entiende que si bien los vecinos tienen derecho a ser consultados, su interés debe ceder ante el derecho de las víctimas de la inundación (unas 300 personas) a recibir una solución urgente a su situación de falta de vivienda.

Sin perjuicio de las diferencias entre ordenamientos jurídicos, este recorrido jurisprudencial por el derecho comparado permite aventurar una serie de situaciones propicias para la intervención jurisdiccional en la satisfacción del derecho a la vivienda. En primer lugar, aquellas que involucren la aplicación del principio de igualdad. Es decir, situaciones en las que el acceso a la vivienda sea una consecuencia de la aplicación del principio de no discriminación, bien en el ámbito público, bien en las relaciones entre particulares. En segundo lugar, aquéllas que involucren un control de razonabilidad de políticas públicas en materia de vivienda. Finalmente, aquellos casos en los que la administración incumpla un beneficio legal ya previsto o frustre, de manera injustificada, una legítima expectativa creada por su propia actuación⁴¹.

280

4. Reconstruir las garantías sociales: el acceso a la vivienda como derecho de participación ciudadana

Como puede verse, muchas son las garantías institucionales susceptibles de ponerse en marcha en resguardo del derecho a la vivienda adecuada. No sólo en razón de criterios dogmáticos externos, sino a partir de disposiciones de derecho positivo de las que gobiernos, administraciones y tribunales, en diversos contextos y con los límites que se quiera, han sabido extraer consecuencias garantistas. Estas actuaciones institucionales constituyen un botón de muestra de las estrategias efectivamente disponibles en orden a hacer del derecho a la vivienda un derecho exigible. Pero no se articulan ni se aplican en el vacío, más bien, estarían condenadas a la esterilidad o a una fácil reversión sin garantías sociales y ciudadanas extensivas, que involucren a los propios afectados en la conquista y protección del derecho.

41. En el caso *Coughlan*, de 2001, la Corte de Apelaciones del Reino Unido sostuvo, interpretando una vez más el art. 8 del Convenio Europeo, que la promesa de una prestación específico a sujetos concretos podía dar lugar a un derecho exigible, sobre todo cuando éste tuviera una base constitucional o quasi-constitucional.

En otras palabras, si las garantías institucionales del derecho a la vivienda, por eficaces que resulten en un caso concreto, acaban por expropiar a los más débiles la tutela de sus intereses, lo que resulta de ello es, acaso, una garantía para los más vulnerables, pero sin los más vulnerables. Y ese tipo de garantía, tecnificada, desprovista de la pasión que originan la indignación frente a la injusticia y el reclamo de un derecho, puede tal vez producir un episodio constitucional, pero en ningún caso un movimiento constitucional. La diferencia es crucial. Lo primero es un hecho anecdótico, de efectos limitados y fácilmente revocable por el propio poder. Un movimiento constitucional, en cambio, comporta un auténtico espacio de resistencia y reconstrucción, un contrapoder prolongable a lo largo del tiempo que convierte a los propios sectores vulnerables en defensores últimos de sus necesidades y con ellas, de las de todos.

De ahí la importancia del derecho de las personas a participar en la creación y control de las garantías del derecho a una vivienda adecuada. Esto es, como sostiene el art. 12 del PCIDV, el derecho de todas las personas a participar de manera plena y democrática en todas las decisiones que afecten las políticas nacionales o locales relativas a la vivienda, incluso aquéllas de diseño, desarrollo, renovación o mejora de vecindarios y de gestión. Lo cual supone, en último término, la posibilidad de ejercer control sobre la propia vivienda, pública o privada, así como el derecho de asociarse para la promoción y protección de intereses comunes, sean estos políticos, económicos, sociales o culturales⁴².

281

El carácter crucial de esta participación en la garantía final del derecho es un argumento adicional y definitivo a favor de la seguridad jurídica en la tenencia. Vivir sin seguridad, en un status incierto, supone en esencia que las personas no tienen control último sobre sus viviendas. Ello explica que las personas, grupos y familias expuestos a esa situación se muestren con frecuencia reticentes a introducir mejoras en sus hogares por miedo a que éstos les sean destruidos o simplemente arrebatados como consecuencia de un desalojo. La falta de seguridad en la tenencia, en definitiva, refuerza la exclusión social y la pobreza y desalienta la participación.

De hecho, uno de los prejuicios más graves y extendidos en un contexto generalizado de falta de vivienda, es el que estigmatiza a los ocupantes precarios (que viven en una propiedad sin un título legal para ello) como delincuentes, como parásitos sociales que no demuestran interés

42. Vid. art. 12 PCIDV, párr. 2 y 3.

en el trabajo. A resultas de ello, en muchos países son criminalizados por las leyes penales y, en la práctica, arrestados, perseguidos, golpeados y en ocasiones incluso asesinados.

Tratar a los ocupantes de tierras o viviendas abandonadas como delincuentes es un acto de necesidad y de arbitrariedad frente a una realidad caracterizada por una distribución abiertamente desigual de estos recursos. Las personas sin tierra y sin hogar son parte importante de la economía de sus países y en algunos sitios comprenden cientos de miles de campesinos, indígenas, inmigrantes, jóvenes, e incluso a empleados públicos y privados. Allí donde los mecanismos institucionales permanecen bloqueados o no son capaces de reaccionar frente a fenómenos como la especulación inmobiliaria o la concentración de tierras su actuación constituye un instrumento importante para devolver a la propiedad un uso social y productivo y para hacer visible actuaciones públicas o privadas que de otro modo permanecerían impunes.

La criminalización y la utilización del derecho penal para resolver este tipo de casos sólo multiplica y agrava los problemas. El establecimiento de mecanismos de diálogo entre los potenciales afectados y las instituciones, o la provisión de seguridad en la tenencia promueve en cambio efectos opuestos. El reconocimiento legal de poblaciones enteras no es el menor. Tampoco la concesión a los grupos afectados de un clima de certidumbre que les permite participar e involucrarse en el cuidado y mejora de sus viviendas, de sus barrios y del entorno en general. En realidad, estas acciones de autotutela del derecho a la vivienda aumentan la legitimidad de las políticas públicas en la materia, disminuyen las posibilidades de corrupción, al evitar intermediaciones gubernamentales “de favor”, y permiten recoger información de campo que las autoridades no tendrían de otro modo a su disposición.

282

Sobran evidencias, en ese sentido, de que en un contexto pacífico florecen actividades comunitarias de autoempleo, educación, e incluso formas de vida cultural alternativas y enriquecedoras. La seguridad jurídica en la tenencia y la participación de los propios afectados en la construcción de la misma se convierte, así, en piedra de toque de la autotutela del derecho a una vivienda adecuada: un medio no costoso, realista y solidario de tomarse en serio el derecho en cuestión.