

La tutela de los derechos humanos ante la Corte Interamericana: de los derechos civiles y políticos a los derechos económicos, sociales y culturales

*Sergio García Ramírez**

I. Introducción

Frecuentemente se describe el proceso de recepción interna de los derechos humanos por medio de una figura convencional: las llamadas generaciones de derechos, que traducen otras tantas revoluciones, violentas o apacibles, en la marcha ascendente de la humanidad. Aquí han operado los conceptos de libertad e igualdad, contemplados desde diversas perspectivas: formal y material. Se dice que los derechos de primera generación responden, ante todo, a la libertad, en tanto que los de segunda lo hacen, principalmente, a la igualdad. Empero, también se ha señalado que estos son, en rigor, expresiones o exigencias de la verdadera libertad.

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

Así, los derechos de primera generación tendrían raíz liberal-capitalista, implicarían abstenciones por parte del Estado, se mostrarían en la relación entre el poder público y el individuo, significarían la liberación de ataduras y provendrían del reconocimiento de un atributo natural de la persona. Los de segunda generación, a su vez, provendrían de una raíz social, e inclusive socialista; incorporarían la exigencia de prestaciones (actividad e iniciativa del Estado); se manifestarían en las relaciones interpersonales; significarían la liberación para alcanzar objetivos propios y servirían a un proyecto de igualación, que va más allá del simple reconocimiento. Ciertamente no es rígida e inmutable la frontera entre esas familias de derechos.

Una tercera generación de derechos —a mi juicio, implícitos en las anteriores— se resume en la aspiración a disponer de cierta circunstancia que permita el ejercicio de los primeros: paz, seguridad, ambiente. El artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos apunta en esa dirección cuando dice: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. El gran conjunto de las generaciones de derechos aporta al acervo de expectativas e instrumentos del individuo un nuevo bien: el derecho al desarrollo entendido, para estos fines, como la facultad y posibilidad de alcanzar el mayor desenvolvimiento personal, el despliegue de las potencialidades propias, la realización individual, en suma, la satisfacción del destino personal.

La noción de los derechos humanos, de primera o segunda generaciones, se halla radicalmente vinculada con el concepto y la práctica de la democracia. Tómese en cuenta, para cubrir ambas dimensiones, la famosa caracterización de Lincoln, acogida en el artículo segundo de la Constitución de la Quinta República francesa: gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. La democracia formal, sin calificativos (Sartori), corresponde a la primera generación y se vincula con el sistema político-electoral (gobierno del pueblo y por el pueblo). La democracia material o integral, calificada, corresponde a la segunda generación e implica un sistema de vida, como dice el artículo tercero de la Constitución mexicana (en otros términos, *way of life o way of personal life*, conforme a la idea moral de la democracia, de John Dewey).

II. Evolución interna

En el orden interno, la Constitución mexicana de 1917, producto de un movimiento revolucionario, pasó de la reclamación política a la demanda social e inauguró la dimensión social en el texto de una ley suprema. Contribuyó a generar el constitucionalismo social —que en breve acogerían los ordenamientos constitucionales de Rusia, de 1918, y Alemania (Weimar), de 1919—, con apoyo en una técnica de formulación constitucional que entonces resultaba heterodoxa. De tal manera se avanzó, sin embargo, en el establecimiento de una Constitución antropocéntrica (Häberle) que recogiese ciertos valores supremos y permitiera, en tal virtud, la formación de una legislación

y una jurisprudencia arraigadas en esos valores constitucionales, y dirigida a satisfacer los requerimientos de individuos concretos, hombres y mujeres de carne y hueso, no apenas ciudadanos en serie, proyección de un modelo imaginario.

Conforme al desarrollo interno del control de constitucionalidad, a la aparición de jurisdicciones especializadas y al desenvolvimiento del *ombudsman*, entre otros factores, ha evolucionado la justiciabilidad nacional de los derechos sociales. Un fuerte movimiento contemporáneo insiste en la necesidad de evitar o limitar, jurisdiccionalmente, los retrocesos en el desenvolvimiento de esos derechos. Este designio se cumpliría por dos vías (Zaffaroni): a) acogida judicial del reclamo contra medidas diametralmente opuestas a la realización progresiva de las cláusulas de este carácter, y b) bloqueo de las disposiciones regresivas

III. Dimensión internacional

La aparición de los derechos sociales en el ámbito internacional se instala, como lo hace también, por supuesto, la formulación de los derechos civiles y políticos, sobre la nueva presencia del individuo en el Derecho de gentes: sujeto *-sui generis*, si se quiere del derecho internacional, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, de 1945, reafirma en su preámbulo la fe en los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana, la igualdad de derechos. Entre los propósitos que anuncia figura “realizar la cooperación internacional (...)”

en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (artículo 1.3).

La Carta de la Organización de los Estados Americanos, de 1948, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, de 1967, se refiere a la necesidad de que América sea tierra de libertad y ámbito favorable para el desarrollo de la personalidad y la realización de las justas aspiraciones del hombre. Entre los principios que proclama se elevan los derechos fundamentales de la persona, sin discriminación (artículo 3, j). En su versión de 1948, la Carta contenía breves capítulos sobre normas económicas, sociales y culturales. Esta acogida creció apreciablemente en el Protocolo de Buenos Aires, que postula la obtención de ciertos objetivos o la realización de determinadas tareas, mencionados con detalle bajo denominaciones tales como “metas básicas”, “principios y mecanismos” o “bases”.

La Declaración Universal de 1948, que resolvió el problema filosófico-jurídico de los derechos humanos (Bobbio), contiene disposiciones acerca de derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y no alude a la progresividad en la vigencia de aquellos ni al empleo máximo de recursos disponibles para ese fin. En la Declaración Americana de 1948 hay preceptos inmediatamente concernientes a los DESC. Las referencias normativas son: constitución y protección de la familia (artículo VI); protección a la maternidad y la infancia (artículo VII); preservación de la salud, “correspondiente al nivel que permitan los recursos

públicos y los de la comunidad” (artículo XI); educación (artículo XII); beneficios de la cultura (artículo XIII); trabajo y remuneración (artículo XIV); descanso, recreación y empleo útil del tiempo libre (artículo XV), y seguridad social (artículo XVI).

A partir de la Declaración Universal se formalizó la existencia de dos pactos, en 1966, correspondientes a derechos civiles y políticos, uno, y económicos, sociales y culturales, otro. Lo mismo había ocurrido en el plano europeo, y otro tanto acontecería en América, a partir de la Declaración Americana, que dio lugar a la Convención de 1969 y al Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador–, de 1988. De estos instrumentos me ocuparé más adelante. Asimismo, existen convenios específicos que profundizan el tratamiento de asuntos cuyo régimen se anuncia o inicia en los tratados generales.

IV. Unidad y jerarquía de los derechos

En la historia del reconocimiento de los derechos humanos ha habido, como antes se vio, un deslinde entre derechos de las dos generaciones a las que me he referido. Esta división no entraña -o, en todo caso, no debiera entrañar- preferencia o preeminencia de los derechos de una categoría con respecto a los de la otra. Las denominadas democracias occidentales han destacado, generalmente, los derechos civiles y políticos; los Estados socialistas destacaron, por su parte, los económicos, sociales y culturales. Históricamente,

como también señalé, el reconocimiento de aquellos precedió a la recepción de los segundos. De ahí la teoría de las generaciones, que a veces se rechaza por creer, sin verdadero fundamento, que forzosamente implica un orden jerárquico. No es así, en modo alguno. Volvamos a la secuencia generacional humana que sirve para construir, por analogía, el despliegue histórico de los derechos: la generación precedente no es al mismo tiempo preferente con respecto a las que le siguen. Es idéntico el valor de todas.

Hoy día, pues, se ha generalizado la admisión de que los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales poseen la misma relevancia, se reclaman mutuamente, son interdependientes y forman parte de un solo conjunto: la Carta Magna de los derechos humanos o el estatuto internacional del ser humano. Es inadmisibles el sacrificio de unos derechos en aras de la realización de otros. La doctrina de las “generaciones de derechos humanos” no vulnera esta afirmación.

V. Los DESC en la Conferencia Interamericana de 1969

En el camino hacia la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, de 1969, largamente preparada, hubo diversos proyectos de Convención, con normas sobre el tema que ahora interesa, formulados por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y los Gobiernos de Chile y Uruguay. Esos documentos fueron remitidos al Consejo para que

introdujera en el proyecto final los cambios que juzgara pertinentes, oyendo a la Comisión Interamericana.

En el proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (aprobado en la Cuarta Reunión de este cuerpo, en septiembre de 1959), se manifestó: “Los Estados reconocen a todos sus habitantes la facultad de gozar de los derechos económicos, sociales y culturales” (artículo 21.1); y “Para la plena efectividad de los derechos consagrados en esta convención, los Estados cuidarán de promover un desarrollo constante de la producción y una justa distribución de bienes y servicios, así en lo social como en lo cultural, debiendo contemplar en sus respectivos planes, tanto los recursos naturales propios de cada país como los que provengan de la cooperación establecida en acuerdos internacionales” (artículo 32). El capítulo II de la Segunda Parte (Órganos) alude a las medidas de protección de estos derechos (artículo 58).

La exposición de motivos del proyecto del Gobierno de Chile, presentado en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río, 1965), subraya la necesidad de ampliar considerablemente (con respecto a la propuesta del Consejo de Jurisconsultos) los derechos económicos, sociales y culturales. Dice el artículo 23: “Todos los habitantes de un Estado tienen los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere esta convención” (primer párrafo). En cuanto a la protección, se hace “extensiva a algunos derechos sociales, económicos y culturales la aplicación del procedimiento conciliatorio y el

procedimiento judicial, asimilándolos para estos efectos a los derechos civiles y políticos. Los derechos del primer grupo que obtienen este tratamiento igualitario son el derecho a la seguridad social, el derecho a la sindicalización, algunos derechos educacionales y el derecho de propiedad”.

El artículo 24.1 del proyecto del Gobierno de Uruguay (presentado, igualmente, en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río, 1965), indica: “Cada uno de los Estados Partes en la presente convención se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como en cooperación con los demás, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad, mediante disposiciones legislativas, así como por otros medios, de los derechos reconocidos en el presente capítulo”. El artículo 63.1 enuncia las medidas de protección, que son, “además de las otras admitidas por el derecho internacional vigente”: informaciones o informes, solicitud de informaciones, observaciones y recomendaciones, estudios e investigaciones, suministro de asistencia técnica, reuniones, inclusive de carácter regional, acuerdos y convenciones para la cooperación en los campos económico, social y cultural, y publicidad de las medidas adoptadas”.

En un discurso pronunciado durante la primera sesión plenaria de la Conferencia de San José, en la que se suscribió la Convención Americana, el profesor Gabino Fraga, Presidente de la Comisión Interamericana, hizo notar que en el proyecto oficial “se han consignado los derechos humanos cuya protección es más

urgente y se prevé la inclusión progresiva de otros en el régimen de protección, tan pronto como se estime que los Estados americanos están preparados para aceptar las obligaciones correspondientes a la protección de esos derechos”. Esto último se refería, obviamente, a los derechos económicos, sociales y culturales.

El tema que ahora examinamos apareció en el artículo 25 del proyecto final, que tendría a la vista la Conferencia de 1969, integrado por dos párrafos. En el primero, los Estados “reconocen la necesidad de dedicar sus máximos esfuerzos para que en su derecho interno sean adoptados y, en su caso, garantizados los demás derechos consignados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y que no hubieran quedado incluidos en los artículos precedentes”. En el segundo párrafo se hizo referencia a diversos objetivos que los Estados se proponían alcanzar en materia económica, social y cultural, cuya raíz se halla en el Protocolo de Buenos Aires que reformó la Carta de la OEA.

Hubo observaciones, generalmente críticas, por parte de las delegaciones de Uruguay, Chile, Argentina, República Dominicana, México y Guatemala. En la Comisión I, que conoció del tema, se produjeron nuevas observaciones y comentarios de diversos países (Colombia, Brasil, Argentina, Chile, México y Estados Unidos). Se constituyó un grupo de trabajo encargado de elaborar una alternativa frente al artículo 25 del proyecto oficial. Integraron este grupo los representantes de Estados Unidos, Argentina, Brasil, Chile,

Colombia, Guatemala y Ecuador. El delegado de Guatemala presentó una propuesta. Finalmente, el grupo de trabajo sometió a la Comisión los nuevos textos sugeridos para los artículos 25 y 26, que fueron aprobados, y propuso la creación de dos secciones dentro del capítulo correspondiente a los derechos protegidos: una, para derechos civiles y políticos, y otra, para derechos económicos, sociales y culturales. El texto del artículo 26, según aparece en el Pacto de San José, fue obra de la Comisión de estilo y quedó aprobado en la segunda sesión plenaria de la Conferencia.

VI. Análisis del artículo 26 de la Convención

Este precepto determina: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Esa fórmula sería parcialmente modificada, en puntos importantes y esclarecedores, por el artículo 1º del Protocolo de San Salvador.

En ese precepto 26 se encuentran los siguientes elementos:

- a) Los Estados contraen una obligación general, similar a la que figura en el artículo 2 de la misma Convención Americana (“Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”) y a la que existe en el Protocolo de San Salvador.
- b) Esta obligación del Estado, ¿corresponde a derechos para las personas bajo su jurisdicción? Una primera interpretación, muy estricta, pudiera llevar a una respuesta negativa. A diferencia del Protocolo de San Salvador, que sí habla de derechos de las personas, la Convención se refiere a obligaciones de los Estados con el contenido y en el sentido previstos por la Carta de la OEA reformada en Buenos Aires. Serían, pues, orientaciones funcionales o políticas públicas, que por sí mismas no generarían derechos individuales. Otra interpretación, más amplia y pertinente, determinaría una respuesta afirmativa. Al respecto, entran en juego las reglas de interpretación contenidas en la propia Convención Americana (artículo 29) e incluso la letra misma del artículo 26. En efecto, este habla de “los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas” en la Carta de la OEA.

En fin, la obligación del Estado de actuar en cierto sentido con respecto a la situación de los particulares engendra derechos para estos. Otra cosa es cómo ejercerlos. Si se adopta un punto de vista diferente, se podría llegar a la conclusión de que el artículo 26 no es justiciable, porque no habría violación de un

derecho humano. El mandamiento sería, pues, una mera declaración propositiva o programática, exenta de control jurisdiccional.

- c) La adopción de providencias se hace por dos vías: interna e internacional, a través de la cooperación económica (en sus diversas expresiones) y técnica (asistencia).
- d) Dicha adopción de providencias no está sujeta a condiciones, plazos o modalidades. El deber de adoptar providencias se actualiza inmediatamente.
- e) Se acoge el método de progresividad para la plena efectividad de los derechos. Esto se calificará o precisará en el Protocolo de San Salvador. El objetivo, en fin de cuentas, es la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, alcanzada en forma progresiva, lo cual supone gradualismo en la procuración de esa efectividad y rechaza los retrocesos. Ahora bien, hay derechos que son exigibles de inmediato: por ejemplo, no discriminación, acceso a planteles escolares, sindicalización. La progresividad misma, concebida como un derecho, es inmediatamente exigible. Se entiende que hay que caminar con diligencia, sin diferir la obtención del objetivo.
- f) Se alude a los derechos que derivan de las normas sobre la materia incluidas en la Carta de la OEA. Esta referencia desaparecerá naturalmente en el Protocolo de San Salvador, que contiene un catálogo puntual de derechos y ya no requiere la referencia genérica de la Carta.

- g) La realización de los derechos corre pareja a los recursos disponibles, expresión que revisará el Protocolo de San Salvador. Empero, el giro adoptado por el artículo 26 supone, de suyo, previsión y encauzamiento efectivo. En consecuencia, se entiende que es debido desplegar el máximo esfuerzo, puesto que se trata de derechos humanos, que poseen la más alta jerarquía en el conjunto de las preocupaciones y ocupaciones del Estado y por ello merecen la atención más esmerada, diligente y constante.
- h) A título de instrumentos para alcanzar los propósitos que recoge el artículo analizado, se prevé tanto la vía legislativa como otros medios apropiados: es decir, normas y medidas. En este ámbito cuentan el encauzamiento *ad-hoc* de la actividad administrativa y la interpretación o la integración jurisprudencial de orientación progresiva. La expresión del artículo 26 (providencias, vía legislativa, otros medios) sería ampliada en el Protocolo de San Salvador.

VII. Competencia de la Corte

En ejercicio de su competencia consultiva, compete a la Corte Interamericana tanto conocer acerca de la interpretación de la Convención Americana como analizar otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, en un supuesto, y pronunciarse sobre la compatibilidad entre las leyes internas y dichos ordenamientos, en otro

(artículo 64). Entre estos forman filas los correspondientes a DESC, de carácter regional o mundial, a condición de que sean aplicables a países americanos.

En el ejercicio de su competencia contenciosa, el mismo Tribunal resolverá sobre “todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta convención” (artículo 621), o bien, sobre “cualquier caso relativo a la interpretación o aplicación de las disposiciones de esta Convención (id., párrafo 3). Evidentemente esto abarca también al artículo 26, en lo que respecta a los elementos o componentes anteriormente mencionados, en la medida en que la inobservancia implica una violación del Pacto por un Estado Parte.

En consecuencia, la Corte podría conocer, por aplicación directa de este precepto, sobre: a) si el Estado está adoptando providencias a nivel interno e internacional, por la vía legislativa o por otros medios; b) si lo está haciendo en la medida de los recursos disponibles; c) si estas medidas se orientan a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos; y d) todo esto en relación con derechos que derivan de la Carta de la OEA, indistintamente, porque el artículo 26 no prevé distinción alguna. Las consecuencias de que exista esta justiciabilidad se proyectan sobre el régimen de reparaciones, e incluso sobre el sistema de medidas provisionales.

Hay interconexiones evidentes entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. Esa conexión se advierte en diversos pronunciamientos

de la Corte Interamericana que aborda, desde la perspectiva de la Convención, cuestiones que también se hallan reguladas en el Protocolo de San Salvador: así, a) derecho a la vida (calidad, circunstancias o condiciones de vida); b) garantías procesales y protección judicial, que igualmente se aplican en materia de DESC; c) libertad de conciencia y de religión, que enlaza con los derechos a propósito de la educación y la cultura; d) derecho de reunión, que puede enlazar con libertades laborales; e) libertad de asociación, que también se conecta con estas libertades; f) protección a la familia; g) derechos del niño; h) propiedad, cuya relación con los temas sociales y económicos es evidente; e i) igualdad ante la ley y no discriminación, que se proyectan, obviamente, hacia esos temas.

VIII. Los DESC en el Protocolo de San Salvador

El Preámbulo del Protocolo explica la aparición de los DESC en este instrumento. Conforme al Protocolo, los Estados “se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo” (artículo 1, sobre “Obligación de adoptar medidas”). El artículo 2, acerca de “Obligación de

adoptar disposiciones de Derecho interno” es igual al 2 de la Convención, acerca del “deber de adoptar disposiciones de Derecho interno”, que en realidad se refieren tanto a medidas legislativas como de otro carácter.

Esta fórmula contiene algunos elementos propios, que la distinguen de la equivalente en la Convención Americana y que he destacado en la transcripción que antecede, a saber: a) el artículo 26 de la Convención habla de adoptar “providencias”, de vía legislativa u otros “medios apropiados”. El Protocolo se refiere a “las medidas necesarias”, expresión más apremiante y comprensiva; b) la Convención alude a “la medida de los recursos disponibles”. El Protocolo invoca el “máximo de los recursos disponibles”, expresión tomada del artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, lo cual caracteriza la intensidad del esfuerzo y la prioridad del objetivo, dentro de un criterio de racionalidad (“disponibles”); c) el Protocolo permite “tomar en cuenta el grado de desarrollo” del Estado; d) el Protocolo señala que el logro progresivo se procurará “de conformidad con la legislación interna”. Esto es razonable, a condición de que no se olvide que la fuente del deber se halla en el orden internacional y que los Estados partes en el Protocolo se han comprometido a cumplir los deberes que éste recoge, y que no podrían ser inmediatamente cancelados a través de la legislación interna: en otros términos, la normativa interna debe guardar conformidad con la internacional; e) el artículo 19.8 dice que los Consejos de la OEA y la Comisión, en el ejercicio de sus

funciones, “tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo”. No hay norma igual con respecto a la Corte, pero es notoria la racionalidad normativa de esa disposición, que debe ser extendida al caso del Tribunal; y f) ya no se alude a la Carta de la OEA. Los propósitos contenidos en esta figuran como normas en el protocolo.

La competencia de la Corte debe ser expresamente señalada por los instrumentos internacionales aplicables. Ser maestra de su competencia, como se suele decir, utilizando un galicismo, no significa ser generadora o autora de esa competencia. La competencia inicial y fundamental de la Corte proviene de la Convención Americana. En los términos de esta, es competente para analizar y resolver supuestas violaciones al artículo 26, como ya se mencionó. Otros instrumentos continentales pueden asignar al Tribunal nuevas áreas de competencia material.

El Protocolo de San Salvador atribuye a la Corte competencia para juzgar, en hipótesis contenciosas, sobre violaciones al párrafo a) del artículo 8 (en realidad se trata del inciso a del párrafo 1), y al artículo 13. El primero alude a derechos de asociación en materia laboral (sindicatos y agrupaciones de sindicatos, nacionales o internacionales). El segundo atañe al derecho a la educación.

El artículo 8 se refiere a trabajadores, individualmente considerados, y a sindicatos en general, que son personas colectivas, pero también contiene una especificación

precisa: entiende que las facultades reconocidas a estos son proyección del derecho de los trabajadores, lo cual puede significar que no reconoce –como tampoco lo hace la Convención Americana– derechos humanos de personas colectivas. Por lo demás, el artículo 8 no va mucho más allá del punto al que se puede llegar con apoyo en el artículo 16 de la Convención, referente a la libertad de asociación. En cambio, la referencia al artículo 13 –derecho a la educación– entraña una importante novedad para los efectos de la tutela efectiva de ese derecho, concebido con gran amplitud, y de la competencia *ratione materiae* de la Corte.

Al lado de aquella competencia explícitamente prevista, existe otra, a la que pudiéramos llamar implícita, que se suscita a propósito de la primera. Es razonable sostener que el Tribunal interamericano podría considerar y aplicar también el párrafo 2 del artículo 8, tomando en cuenta que éste señala cuándo se puede limitar y restringir legítimamente el derecho a la asociación sindical (y a la huelga). Si el Estado sostiene que no hubo violación, sino restricción legítima, el caso debe analizarse bajo el párrafo 2, lo que significa que la Corte tendría una competencia material implícita para ejercer la explícita que le confiere el párrafo 1.a. De lo contrario, dispondría de la potestad de analizar la pretensión, pero no contaría con la capacidad de estimar la defensa, lo cual milita contra la naturaleza misma del litigio y de su solución jurisdiccional. A este respecto, también puede surgir la aplicación del artículo 5, que habla del alcance de restricciones y limitaciones por medio de una ley. Asimismo, hay normas de carácter general que pueden

venir al caso en la violación de los artículos 8 y 13, como la relativa al principio de no discriminación (artículo 3). También posee ese carácter o alcance general la regla de interpretación contenida en el artículo 4.

IX. Referencias en Opiniones Consultivas

Diversas Opiniones Consultivas emitidas por la Corte abordan cuestiones competenciales o procesales, garantías, derechos civiles o políticos. Empero, los económicos, sociales y culturales también han tenido cierta presencia, que crece. En efecto, algunas abordan puntos de común interés para ambas categorías; otras, que tratan temas de contenido básicamente civil, trabajan en la frontera entre las dos categorías; una más -la OC-18, relativa a trabajadores migratorios indocumentados- avanza con mayor profundidad en el espacio de los derechos económicos, sociales y culturales. Me referiré, en una exposición sintética, a las Opiniones que vienen al caso en el ámbito que ahora analizo.

A) OC-4/84, sobre “Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización”, del 19 de enero de 1984

Es relevante esta Opinión, para nuestros efectos, en la medida en que se examina el trato desigualitario que se brinda al marido y a la mujer a propósito de la adquisición de nacionalidad por la vía del matrimonio.

La igualdad entre hombres y mujeres puede contemplarse desde dos perspectivas: como igualdad de todas las personas ante la ley, en general (que interesa principal, aunque no exclusivamente, a derechos civiles y políticos), y como igualdad de género, que constituye un tema clásico del Derecho social e importa, indistintamente, a las dos categorías de derechos.

En el caso contemplado por la Opinión Consultiva, la Corte resolvió que no toda distinción es discriminatoria, pero “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 (de reforma constitucional) para la obtención de la nacionalidad costarricense en condiciones especiales por razón del matrimonio”. “El privilegio femenino para la obtención de la nacionalidad se presenta como una consecuencia de la desigualdad conyugal”.

B) OC-6/86, sobre “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, del 9 de mayo de 1986

Hay principios o reglas de general alcance, que se localizan en un tratado y son aplicables a otros, por su mismo sentido radical y genérico. Las hay, por ejemplo, en el Derecho de los tratados (así, la irrelevancia de los obstáculos internos para justificar el incumplimiento de deberes internacionales, las reglas de interpretación de los tratados, etcétera). También los hay en un convenio o tratado eje o matriz, por así llamarlo, cuyas definiciones pueden alcanzar a los tratados

secundarios o derivados. Son los casos de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, que contienen normas sobre interpretación y acerca de restricciones a los derechos humanos. La Corte ha adoptado ciertas definiciones a partir de la Convención Americana, que devienen aplicables para los fines del Protocolo de San Salvador.

Esto último sucede en materia de restricciones o limitaciones de los derechos. A ello se refieren tanto el artículo 30 de la Convención como el artículo 5 del Protocolo: “Los Estados partes solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. Entre otros elementos, hay que precisar el sentido de la palabra leyes, como lo ha hecho la *OC-6*, a la vista de un texto que contiene expresiones diferentes a las acogidas en el Protocolo, pero que coincide fundamentalmente con este.

La Convención dice: “leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. El artículo 32.2 de la misma Convención señala que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. El artículo 5 del Protocolo habla de “preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática”.

La *OC-6*, emitida antes de que se concertara el Protocolo de San Salvador, se refiere a leyes como

“actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo”. La Corte señaló que esa acepción de leyes “corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del sistema interamericano”.

C) OC-10/89, sobre “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”, del 14 de julio de 1989

Esta Opinión es relevante por lo que hace a la entidad y vigencia de los derechos humanos en el conjunto de los países americanos sujetos a los deberes que emanan de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que tiene carácter convencional, en contraste con la Declaración de 1948, que no posee esta misma naturaleza. La Corte sostuvo que 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”. Con respecto a dichos Estados, “la Declaración constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. “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”.

Entre los derechos recogidos por la Declaración figuran varios de carácter económico, social y cultural. En el contexto al que me he referido, estos concurren a integrar tanto el catálogo de los derechos de los individuos que se hallan bajo la jurisdicción de los Estados integrantes de la OEA, como sus deberes.

D) OC-17/2002, sobre “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”,
del 28 de agosto de 2002

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó a la Corte una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados en relación con los niños. Asimismo, requirió la formulación de criterios generales válidos sobre la materia en el marco de la Convención Americana.

En la Opinión adoptada por la Corte, con seis votos favorables y uno en contra –Opinión a la que añadí un *Voto razonado* que aborda, entre otros extremos, el relativo a los derechos económicos, sociales y culturales a

favor de los niños—, el Tribunal examinó directamente el alcance del artículo 19 de la Convención en un terreno donde destacan las cuestiones de carácter social a propósito de los menores de edad, expresión que el Tribunal utiliza, con razón, como sinónimo de niños. Hubo diversas precisiones de carácter general, social, además de las concernientes al debido proceso en el supuesto de menores de edad que infringen las leyes penales. La Corte afirmó:

1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no solo objeto de protección.
2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.

4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que esta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.
5. Que debe preservarse y favorecerse la presencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquel. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.
6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.
7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no solo las prohibiciones, entre ellas, la de privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.
8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos

internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

9. Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen la obligación, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.

Voto del Juez García Ramírez*

(3) En este *Voto*, como en la misma *Opinión Consultiva OC-17*, se utilizan indistintamente las voces niño y menor en su sentido más estricto (párrafo. 39), y al mismo tiempo más distante de cualquier intención descalificadora, prejuiciosa o peyorativa. El idioma es un sistema de claves. Debo establecer el alcance de las que ahora empleo, adhiriéndome al uso que de ellas ha hecho la Corte en esta *Opinión Consultiva*, para colocarlas por encima o fuera —como se prefiera— de un debate que, a veces, aporta más sombras que luces. La palabra menor, ampliamente utilizada en

* Transcribo mis *Votos razonados* sólo en las partes relativas a derechos económicos, sociales y culturales, y temas conexos.

el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad que aquel establece para el pleno —o amplio— ejercicio de sus derechos y la correspondiente asunción de sus deberes y responsabilidades; regularmente, en esa frontera coinciden la capacidad de goce de los derechos civiles, o de muchos de ellos (una posibilidad que surge en el pasado: desde el nacimiento, o antes inclusive), y la capacidad de ejercicio de ellos (una posibilidad que se despliega hacia el futuro, donde se traspone la frontera hacia el despliegue autónomo de los derechos por el titular de éstos). Por su parte, la palabra niño ha poseído, en principio, un sentido más biológico o biopsíquico que jurídico, y en este sentido, que corresponde al uso popular del término, contrasta con adolescente, joven, adulto o anciano.

(6) Cuando la *Opinión Consultiva* se refiere a determinado trato para los niños o menores de edad, y lo distingue de otro relativo a los adultos o mayores de edad, supone —en mi concepto— que el régimen de adultos no es trasladable o aplicable a los menores (párrafo 109). Esto no obsta, desde luego, para que: a) existan principios y reglas aplicables, por su propia naturaleza, a ambos conjuntos (derechos humanos, garantías), sin perjuicio de las modalidades que en cada caso resulten razonables o, incluso, necesarias, y b) existan, en el ámbito de los menores, diferencias derivadas del distinto desarrollo que existe entre los individuos menores de 18 años: media una gran diferencia, en efecto, entre quien cuenta con 8 ó 10

años de edad y quien ha alcanzado 16 ó 17. Por cierto, también existen diferencias —que no pretendo examinar ahora— en el otro conjunto, el de los adultos, por motivos diversos; el ejemplo más evidente es el de quienes se hallan privados de la razón.

(8) Ahora bien, el punto se complica cuando, además de la delicadeza que este reviste en función de la materia —irregularidad, extravagancia, marginalidad, peligrosidad, delito—, vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos (párrafo 10). Tal es la situación en la que se hallan los niños o menores de edad, que por una parte carecen —en general y de manera relativa: diversos factores generan distintas situaciones— de aquellas condiciones personales, y por la otra tienen restringido o detenido, *ope legis*, el ejercicio de sus derechos. Es natural que en este “terreno minado” aparezcan y prosperen los mayores abusos, a menudo cubiertos por un discurso paternal o redentor que puede ocultar el más severo autoritarismo.

(14) La evolución y adaptación de esta forma de enfrentar el tema de los jóvenes infractores guarda relación con la idea del “Estado social”, dotado de

amplias atribuciones para asumir tareas económicas, sociales, educativas o culturales. El mismo impulso de intervención y asunción de funciones, que antes correspondieron solamente a otras instancias –aduciendo para ello razones atendibles y correspondiendo a realidades apremiantes–, anima en cierta medida el avance del Estado sobre los espacios de la paternidad y la tutela (...).

(18) Igualmente, la asunción estatal de las facultades de padres y tutores, no solo captó y capturó a los menores, sino también privó a los mayores, de manera fulminante, de algunos derechos del estatuto familiar (...).

(24) (...) Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro¹. En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso (...). Esta adoptaría lo sustantivo de cada doctrina; su íntima razón de ser, y devolvería a la palabra tutela su sentido genuino –como se habla de tutela del Derecho o de tutela de los derechos humanos–, que ha llevado a algunos tratadistas a identificarla con el Derecho

1 Cfr: el desarrollo de esta opinión en mi trabajo “Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”. En: *Memoria (del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores. Diagnóstico y propuestas)*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1996, pp.205-206.

de los menores infractores², que constituiría bajo el signo de la tutela, en su acepción original y pura, un Derecho protector, no un Derecho desposeedor de los derechos fundamentales.

(25) (...) Esta primera vertebración de la síntesis se recoge, extensamente, en la propia Convención Americana, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención sobre los Derechos del Niño, que insiste en las condiciones específicas del menor y en las correspondientes medidas de protección, así como en otros instrumentos convocados por la *Opinión Consultiva*: Reglas de Beijing, Directrices de Riad y Reglas de Tokio (párrafos 106-111). Y por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor. Esta segunda vertebración se aloja, no menos ampliamente, en aquellos mismos instrumentos internacionales, que expresan el estado actual de la materia. En suma, el niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, y no carecerá —puesto que es sujeto de derecho, no apenas objeto de protección— de los derechos y las garantías inherentes al ser humano y a su condición específica. Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus

2 Así, Jescheck, cuando afirma que el Derecho penal de jóvenes es una parte del Derecho tutelar de menores. *Cfr. Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barce-lona, vol. I, pp. 15-16.

garantías, se afianzan la especificidad, por un lado, y la juridicidad, por el otro.

(32) El Estado tiene deberes de protección inmediata –previstos por la ley, además de estarlo por la razón y la justicia– de los que no puede eximirse. En estos supuestos surgen con toda su fuerza el carácter y la función que corresponden al Estado como “garante natural y necesario” de los bienes de sus ciudadanos, cuando las otras instancias llamadas a garantizar la incolumidad de estos –la familia, por ejemplo– no se hallen en condiciones de asegurarla o constituyan, inclusive, un evidente factor de peligro (...)

(33) (...) Si se mira la realidad de los menores llevados ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales (...) se observará, en la inmensa mayoría de los casos, que carecen de hogar integrado, de medios de subsistencia, de acceso verdadero a la educación y al cuidado de la salud, de recreación adecuada; en suma, no cuentan ni han contado nunca con condiciones y expectativas razonables de vida digna (párrafo 86) (...).

(34) En estos casos, que corresponden a un enorme número de niños, no solo se vulneran los derechos civiles, entre los que figuran los relacionados con infracciones o conductas que acarrearán la intervención de las autoridades mencionadas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, cuya progresividad no ha permitido abarcar, hasta hoy, a millones y

millones de seres humanos que, en plena infancia, distan mucho de contar con los satisfactores que esas declaraciones y esas normas –pendientes de cumplimiento– prometen formalmente. A esto se ha referido la Corte en el *Caso Villagrán Morales*, que se cita en la presente Opinión Consultiva (párrafo 80), cuando avanza en la formulación de conceptos que proveerán nuevos rumbos para la jurisprudencia y establece que el derecho de los niños a la vida no solo implica el respeto a las prohibiciones sobre la privación de aquella, contenidas en el artículo 4 de la Convención Americana, sino también la dota-ción de condiciones de vida idóneas para alentar el desarrollo de los menores³.

(35) En este extremo, cobra presencia la idea unitaria de los derechos humanos: todos relevantes, exigibles, mutuamente complementarios y condicionados (...). No podríamos decir que la dignidad humana se halla a salvo donde existe, quizás, esmero sobre los derechos civiles y políticos –o solo algunos de ellos, entre los más visibles– y desatención acerca de los otros.

(36) La *OC-17* acierta, a mi juicio, cuando alude a esta materia desde una doble perspectiva. En un punto subraya la obligación de los Estados, que se plantea –por lo que toca al plano americano– desde la Carta de Bogotá conforme al Protocolo de

3 Cfr. Caso: *Niños de la calle* (Villagrán Morales y otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 144.

Buenos Aires, de adoptar medidas que permitan proveer a las personas de satisfactores en múltiples vertientes; y en otro reconoce que vienen al caso verdaderos derechos, cuya exigibilidad, a título de tales, comienza a ganar terreno. En efecto, no bastaría con atribuir deberes a los Estados si no se reconocen, en contrapartida, los derechos que asisten a los individuos (...). También los tratados poseen ese carácter (bilateralidad), y en tal virtud atribuyen verdaderas obligaciones y auténticos derechos. Entre estos últimos se localizan, por lo que hace al tema que aquí me ocupa, los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.

E) OC-18/03, sobre “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, del 17 de septiembre de 2003

El 10 de mayo de 2002, México sometió ante la Corte una solicitud de Opinión en torno a derechos laborales de los trabajadores migrantes, con especial énfasis en la hipótesis de los indocumentados. En este caso –al que también aporté un *Voto razonado* en el que pondero diversos aspectos de esta cuestión, inequívocamente vinculada con derechos económicos, sociales y culturales, a más de estarlo con diversos derechos de otra naturaleza– la Corte señaló por unanimidad:

1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.
2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.
3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.
4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.
5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.
7. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.
8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.
9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los extranjeros, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de estos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

10. Que los trabajadores, al ser titulares de derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.
11. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean estas, incluidas las de carácter migratorio”.

Voto del Juez García Ramírez

(3) Por sí misma, esta cuestión (la de los indocumentados) reviste la mayor importancia y ha merecido, en consecuencia, referencias destacadas en la solicitud de opinión y en las expresiones de los Estados y los particulares que intervinieron –estos como *amici curiae*– en el proceso de la consulta. Esta materia destaca igualmente en las respuestas de la Corte Interamericana, que también podrían agruparse bajo otro epígrafe específico que desta-que el universo que preocupa al solicitante y a los participantes y ocupa al tribunal interamericano: “*Condición jurídica y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados*”.

(9) Quienes forman parte de esas corrientes migratorias se hallan sujetos, con gran frecuencia, a condiciones de grave desvalimiento, derivadas de su extrañeza social, económica y cultural con respecto al país en el que trabajan, y de la carencia de instrumentos para preservar sus derechos. En estas circunstancias constituyen un sector sumamente vulnerable, que efectivamente ha sufrido las consecuencias de esa vulnerabilidad en la aplicación de leyes, la adopción y ejecución de políticas y la proliferación de prácticas discriminatorias y abusivas en sus relaciones laborales con respecto a los empleadores que utilizan sus servicios y a las autoridades del país en el que se encuentran. Esa vulnerabilidad tiene naturaleza estructural. Su vertiente cultural, de carácter endógeno, se asocia (...) a “condiciones suficientes para que se den extremos de impunidad de los violadores de los derechos humanos de los extranjeros/inmigrantes”.

(11) La vulnerabilidad de los trabajadores migrantes aumenta, hasta llegar a extremos dramáticos que conmueven la conciencia moral de la humanidad, cuando aquellos carecen de la autorización oficial para ingresar y permanecer en el país, y pertenecen, por lo mismo, a la categoría de quienes son sumariamente identificados como trabajadores indocumentados, en situación irregular o, peor todavía, ilegales (...). Se trata, en fin, de personas bajo sospecha, con todo lo que esto significa y, más todavía, con todo lo que sugiere e inclusive permite.

(14) La *OC-18/2003* se eleva, como no podía ser menos, sobre la admisión de los derechos humanos reconocidos a todas las personas y exigibles a todos los Estados (...).

(15) En el pensamiento generador de las declaraciones de derechos y en sus expresiones modernas figuran las invocaciones a la libertad y a la igualdad de los seres humanos. Esta trae consigo, primero implícitamente, luego en una forma explícita que ya puebla numerosos documentos –como se indica en la presente *Opinión Consultiva*– el más completo y terminante rechazo de la discriminación por cualesquiera motivos (...).

(18) La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que esta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan –para formar, por ejemplo, una relación de trabajo– el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que solo dispone de sus brazos e intuye –o conoce perfectamente– que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones y los derechos que sustenten sus respectivas pretensiones.

(19) En esos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección –y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la *Opinión Consultiva OC-16/99*, el concepto de debido proceso– que favorezcan la igualdad de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal (...).

(20) La proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como “santuarios de infracciones”: se reprueba en todos los casos (...). Es discriminatorio (...) negar el acceso a la educación a los integrantes de un grupo étnico y permitir la, en cambio, a los miembros de otro. Y lo es –bajo el mismo título de reproche– proveer a unas personas con todas las medidas de protección que merece la realización de un trabajo lícito, y negarlas a otras personas que despliegan la misma actividad, arguyendo para ello condiciones ajenas al trabajo mismo, como son las derivadas, por ejemplo, de su *status* migratorio.

(24) La presente *Opinión Consultiva* no niega la posibilidad de establecer diferencias entre categorías de sujetos: diferencias razonables, fundadas en datos objetivos, con las que se pretenda alcanzar objetivos lícitos por medios legítimos (...).

(25) En función de lo anterior, no sería admisible (...) sancionar el incumplimiento de disposiciones

migratorias con medidas que atañen a otros ámbitos, desconociendo las situaciones creadas en estos y los efectos que debieran traer consigo, por sí mismas, completamente ajenos a la infracción migratoria (...).

(26) (Los Estados) deben desarrollar, como se sostiene en la *OC-18/2003*, determinadas acciones en tres órdenes mutuamente complementarios: a) por una parte, asegurar a través de medidas legislativas y de otra naturaleza —es decir, en todo el ámbito de atribuciones y funciones del Estado— la efectiva vigencia —no solo la consagración nominal— de los derechos humanos de los trabajadores en forma igualitaria y sin discriminación alguna; b) por otra parte, suprimir las disposiciones, cualesquiera que sean su rango o su alcance, que entrañan desigualdad indebida o discriminación; y c) finalmente, combatir las prácticas públicas o privadas que tengan esta misma consecuencia (...).

(27) La *OC-18/2003* examina centralmente los derechos derivados del trabajo y concernientes, por ende, a los trabajadores. Estos pertenecen a la categoría de los derechos denominados económicos, sociales y culturales, que algunos tratadistas califican como derechos de segunda generación. Ahora bien, sea cual fuere el emplazamiento de estos, tomando en cuenta su materia e incluso la época en la que llegaron a los textos constitucionales, primero, e internacionales, luego, lo cierto es que tienen el mismo rango que los derechos

llamados civiles y políticos. Unos u otros, mutuamente dependientes o condicionados, integran el estatuto contemporáneo del ser humano: son un solo conjunto amplio, partes del mismo universo, que se desintegraría artificiosamente si quedara excluida alguna de ellas.

(29) Los derechos humanos de los trabajadores, esto es, los derechos fundamentales de carácter laboral, derivan de dos fuentes, que operan en forma concertada: a) primero, la condición humana del titular, que excluye, como ya se dijo, desigualdades inadmisibles y discriminaciones; y b) segundo, la relación de trabajo que se establece entre el titular de esos derechos y la persona jurídica, individual o colectiva, a la que prestará, presta o ha prestado sus servicios, relación que surge del hecho mismo de prestar, disponerse a prestar o haber prestado un servicio, independientemente de que aquella se encuentre formalizada a través de un contrato, que no existe en un gran número de casos —la mayoría, probablemente, aunque sí exista— y esto es lo que verdaderamente importa— el hecho determinante de la relación laboral, que es al mismo tiempo fuente de derechos y obligaciones.

(31) En diversos instrumentos internacionales —además de los textos nacionales más avanzados— se formulan listas o relaciones de derechos laborales que deben ser reconocidos y garantizados. Así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los

Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (86ª, Reunión, Ginebra, 1998).

(32) Estos y otros instrumentos concurren a establecer los estándares internacionales en materia de derechos laborales (...).

(33) Hay ciertos derechos mencionados en la parte considerativa de la *OC-18/2003*, que poseen especial importancia en cuanto son los más generalmente recogidos en las normas nacionales e internacionales, y que a menudo constituyen condiciones o factores de otros derechos laborales y por sus propias características determinan el marco general para la prestación del trabajo y la protección y el bienestar de quienes lo realizan. En la correspondiente relación –que no es exhaustiva– figuran la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la eliminación de discriminaciones en la prestación laboral, la abolición del trabajo infantil, la protección de las mujeres trabajadoras y los derechos correspondientes al salario, la jornada laboral, el descanso y las vacaciones, la higiene y seguridad en el trabajo, la asociación sindical, la negociación colectiva.

(35) La mención de estos derechos en la *Opinión Consultiva OC-18* no sirve al propósito de establecer cierta organización jerárquica de los derechos humanos de los trabajadores, distribuidos en un conjunto que pudiera constituir el “núcleo duro” y otro que pudiera poseer otro carácter, de alguna manera secundario o prescindible. Solo se trata de poner énfasis sobre determinados derechos que destacan en la relación laboral y en las necesidades y expectativas de los trabajadores migrantes indocumentados y a cuya observancia y garantía es preciso dedicar especial atención, sin menoscabo de la que se deba brindar a otros derechos no mencionados en esa relación.

(36) La proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío (...).

(37) A ese acceso (a la justicia) sirve el debido proceso (...).

(38) El debido proceso, en los extremos que interesan para el objeto de la *OC-18/2003*, entraña, por una parte, la mayor igualdad—equilibrio, “igualdad de armas”— entre los litigantes, particularmente importante cuando en un extremo de la contienda se halla el vulnerable trabajador migrante y en el otro el empleador dotado de derechos suficientes y eficientes, una igualdad que solo se consigue—en la mayoría de los casos, que reflejan la verdadera dimensión del problema colectivo— cuando el poder público

incorpora, a través de leyes y criterios de interpretación y aplicación, los elementos de compensación o corrección a los que antes me referí; y por otra parte, el cumplimiento claro y fluido del deber que tiene el Estado de brindar el servicio de justicia, sin distinción, y mucho menos discriminación, que entrañaría, de entrada, la derrota del justiciable débil.

(41) Surge un problema (...) cuando algunos aspectos específicos de una política del Estado entran en colisión con los derechos humanos de cierto sector de la población. Evidentemente, esto no debiera ocurrir en ninguna circunstancia. Es función del Estado que responde a una vocación democrática y reconoce y garantiza los derechos humanos de sus habitantes, llevar adelante las diversas políticas públicas de manera que se preserven esos derechos y al mismo tiempo se procuren y alcancen los legítimos objetivos que aquellas políticas pretenden (...). En tales casos prevalecen los compromisos esenciales del Estado con los derechos humanos, cuya preservación constituye la razón de ser de la organización política (...).

X. Referencias en casos contenciosos

Desde el momento en que llegaron a la Corte los primeros asuntos contenciosos —momento posterior, por cierto, a la petición de opiniones consultivas, que dieron materia a la primera etapa en el desempeño jurisdiccional de este órgano—, los litigios versaron

sobre violaciones, generalmente cruentas y gravísimas, a derechos de la primera categoría analizada: vida, libertad, integridad. Tiempo después llegaron otros temas, también concernientes a la denominada primera generación de derechos: libertad de expresión, propiedad privada, por ejemplo. En todos estos supuestos, o en casi todos, aparecía igualmente el problema del acceso a la justicia: garantías judiciales (artículo 8) y protección judicial (artículo 25).

Más recientemente han comenzado a surgir cuestiones diferentes, sea con respecto a derechos civiles y políticos, sea a propósito de derechos económicos, sociales y culturales o concernientes a temas en los que estos se hallan involucrados de una u otra forma. En el perfil de las violaciones planteadas al conocimiento de la Corte siguen figurando, con lamentable frecuencia, las violaciones de corte tradicional, pero también forman filas, cada vez más, las transgresiones de otro carácter —aun cuando se aplique la Convención, no el Protocolo— que han determinado una nueva dedicación jurisprudencial. A continuación aludiré a diversas resoluciones en este género de asuntos.

A) Caso Aloeboetoe y otros (Suriname), Sentencia de reparaciones de 10 de septiembre de 1993

Se planteó la detención, el trato cruel, inhumano y degradante, y la muerte de varias personas miembros de la tribu Saramaca de Suriname, que se dirigían al interior del país para integrarse a su comunidad con

motivo de las fiestas de fin de año. Por ello, la Corte debió examinar la aplicabilidad del Derecho consuetudinario de esa tribu, con exclusión del Derecho civil local.

“La Corte —sostuvo la sentencia— no estima necesario averiguar si los saramacas gozan de autonomía legislativa o jurisdiccional dentro de la región que ocupan. La única cuestión que aquí interesa consiste en saber si las leyes de Suriname relativas a derecho de familia se aplican a la tribu Saramaca. En este sentido, las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no son sometidos por los saramacas a los tribunales del Estado y la intervención de estos en las materias mencionadas, respecto de los saramacas, es prácticamente inexistente. Cabe señalar también que en este proceso Suriname reconoció la existencia de un derecho consuetudinario saramaca”.

Por lo que se refiere a hijos, cónyuges, ascendientes, “estos términos deben ser interpretados según el derecho local. Este (...) no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde, pues, tener en cuenta la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así, al referirse

a los ascendientes, la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aun cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca”.

También es relevante esta temprana sentencia de la Corte en lo que toca a reparaciones, materia que ha presenciado un notable desarrollo jurisprudencial, acaso el más importante en la historia del Tribunal interamericano. Se acordó la indemnización en favor de los herederos de las víctimas; además, el Tribunal puntualizó 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”. Suriname, como parte de la indemnización, “está obligado a reabrir la escuela de Guajaba 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”. De esta manera se abrió una nueva línea de reparaciones que acoge medidas cuyo alcance llega más allá de las personas de las víctimas o sus derechohabientes, aunque se establecen, por supuesto, en función de estos.

**B) Caso Baena Ricardo y otros (Panamá),
Sentencia de excepciones preliminares,
de 18 de noviembre de 1999; Sentencia
de fondo de 2 de febrero de 2001**

La demanda planteó diversas violaciones: garantías judiciales, principios de legalidad e irretroactividad, derecho a indemnización (condena por error judicial), derecho de reunión, libertad de asociación y protección judicial, como resultado de hechos sucedidos a partir del 6 de diciembre de 1990, a causa de los cuales fueron destituidos, en forma supuestamente arbitraria—mediante aplicación de una ley 25 de 14 de aquel mes—, 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales, y el proceso ulterior, en el cual se violaron sus derechos al debido proceso y a la protección judicial. También se pidió declarar que ciertas normas son contrarias a la Convención y deben ser modificadas o derogadas, y que se debe restablecer a los trabajadores en el ejercicio de sus derechos y reparar e indemnizar a las víctimas.

No se aceptó que los hechos hubieran ocurrido en estado de emergencia, que obligaría a suspender ciertos derechos, porque no se había declarado formalmente dicha situación. Panamá debió abstenerse de actuar en forma inconsecuente con el Protocolo de San Salvador, que había suscrito y al que por ello debía ajustar su conducta conforme a la buena fe; sin embargo, los hechos ocurrieron antes de la ratificación del Protocolo, y por lo tanto este no fue aplicable al caso ni se pudo considerar que había sido violado.

Al aplicar la ley 25 de 14 de diciembre de 1990, destinada a sancionar conductas contra el orden constitucional democrático, el Estado desconoció las garantías de legalidad (ajuste de la conducta a la hipótesis legal) e irretroactividad (se aplicó a conductas precedentes). El artículo 1 de aquella disponía: “Con el fin de preservar el orden constitucional, se autoriza al Órgano Ejecutivo y a los directores de instituciones autónomas y semi-autónomas, empresas estatales, municipales y demás dependencias públicas del Estado para que se declaren insubsistentes los nombramientos de los servidores públicos que participaron y que participen en la organización, llamado o ejecución de acciones que atenten contra la democracia y el orden constitucional, y que ocupen o no cargos en las juntas directivas de las organizaciones sindicales y de las asociaciones de servidores públicos, sus delegados y representantes sindicales o sectoriales, directores de las asociaciones de servidores públicos con independencia de la existencia o no de fuero sindical; o que estén o no regidos por leyes especiales”.

Se analizó el tema de las restricciones al ejercicio de la libertad de asociación que deben ser autorizadas por la ley y satisfacer otras condiciones: necesarias en una sociedad democrática, y establecidas en interés de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o para la preservación de los derechos y libertades de los demás.

Hubo dos procesos: administrativo y judicial. En ambos supuestos son aplicables las reglas del debido proceso, desatendido en el presente caso. No se violó

el derecho de reunión, porque los trabajadores pudieron manifestarse y marchar sin cortapisas. En cuanto a la libertad de asociación, la Corte consideró que esta “en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca dentro del *corpus juris* de los derechos humanos”. El despido injustificado de dirigentes limita las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales. La Ley 25, que derogó normas del Código del Trabajo y se aplicó en forma retroactiva, hizo posible la desvinculación laboral de dirigentes sindicales y el despido de trabajadores que gozaban de fuero sindical.

La Corte dispuso la reposición de las víctimas en sus cargos, bajo las condiciones y con los salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos; de no ser posible esta reposición, debería indemnizarse a los interesados en la forma correspondiente a la terminación de la relación de trabajo, de acuerdo con la ley interna, además de indemnizar por gastos y costas y daños y salarios caídos, sujetos a definición conforme a la ley nacional. A los derechohabientes de quienes hubiesen fallecido, se les cubriría la pensión que previene el Derecho interno.

C) Caso Villagrán Morales y otros (Guatemala), Sentencia de 19 de noviembre de 1999

Se planteó el secuestro, la tortura y el asesinato de varios “niños de la calle”, por parte de la policía, y la omisión del procedimiento legal para esclarecer y

perseguir estos hechos, sancionar a sus autores y brindar a las familias de las víctimas acceso a la justicia. Al considerar el derecho a la vida, la Corte sostuvo que este comprende “no solo 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 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”.

El caso revistió especial gravedad por tratarse de jóvenes, incluso niños. En semejante supuesto no solo se viola el artículo 4 de la Convención, “sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños bajo su jurisdicción (...)”. Añadió el Tribunal: “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’ (*Convención*

sobre los Derechos del Niño, Preámbulo, párrafo 6) 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”.

El alcance de las medidas de protección previstas en el artículo 19 de la Convención Americana se analizó a la luz de diversas disposiciones de la Convención sobre Derechos del Niño. Así, la Corte destacó, entre esas medidas, “las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”, previsiones, todas ellas, que han sido desatendidas en este caso.

D) Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (Nicaragua), Sentencia del 31 de agosto de 2001

La Comunidad Mayagna de Awas Tingni, en Nicaragua, funciona bajo una estructura tradicional, de carácter consuetudinario, al amparo de la Constitución nacional y del Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica. Se allega medios de subsistencia por medio de la agricultura familiar y comunal, la recolección de frutas y plantas medicinales, la caza y la pesca. Realiza sus actividades dentro de cierto territorio,

conforme a cierto régimen de tenencia de la tierra. El Estado otorgó a una empresa privada una concesión para realizar, en el territorio reclamado por la comunidad indígena, trabajos de construcción de caminos y explotación maderera, sin el consentimiento de aquella, cuyas tierras no están demarcadas y que sostuvo no haber tenido acceso a un procedimiento adecuado para la tutela de sus derechos.

En la sentencia —a la que añadí un *Voto razonado*— se indica: “Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, esta Corte considera 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 también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

“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.”

“El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.”

“La Corte considera que, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas (...).”

Es conveniente observar que la sentencia alude en todo momento, cuando se refiere a la propiedad y emite resoluciones acerca de esta, a derechos de los miembros de la comunidad, no a derechos de la comunidad misma. Estos son el marco, punto de referencia o sustento histórico-normativo de los derechos personales de los integrantes de la comunidad, sujetos de los

derechos reconocidos por la Convención, en los términos del artículo 1.2 de esta. Sobre esta base, la Corte dispuso que el Estado adoptase las medidas legislativas, administrativas y de otro carácter “que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de estas”. También resolvió que el Estado debía delimitar, demarcar y titular las tierras en litigio, impedir acciones del Estado o terceros que “afecten la existencia, el valor el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna”; cubrir costas y gastos e invertir, por concepto de reparación de daño inmaterial, una cantidad destinada a financiar obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Mayagna y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana.

Voto del Juez García Ramírez

(6) Diversos instrumentos internacionales concernientes a la vida, cultura y derechos de los indígenas invocan el reconocimiento explícito de sus instituciones jurídicas y, entre ellas, de las formas de propiedad que han prevalecido y prevalecen entre aquellos. De la revisión de estos textos, a la que acude una amplia corriente de convicciones, experiencias y exigencias, se desprenden la legitimidad que tienen y el respeto que merecen esos sistemas de tenencia de la tierra, así como la necesidad que existe, en tal virtud, de

La tutela de los derechos humanos ante la Corte Interamericana

proveer a su reconocimiento y defensa. El ámbito de los derechos individuales de los indígenas y colectivos de sus pueblos se integra, por ende, con las estipulaciones de los instrumentos generales sobre derechos humanos, aplicables a todas las personas, ilustradas con los datos que constan en esos otros catálogos específicos, acerca de los cuales existe un consenso cada vez más amplio y resuelto. Estos datos constituyen elementos útiles –más todavía, indispensables– para la interpretación de las normas convencionales que debe aplicar la Corte.

(7) En este orden de ideas, el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la 76^a. Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra, 1989), animado por la idea de la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales –con respeto a su identidad y a las instituciones que son producto y resguardo de esta–, sostuvo que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación” (artículo 13.1); y señaló asimismo: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (artículo 14.1).

(8) El Proyecto de Declaración sobre Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, emanado de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (...) (en el artículo 2 estipula: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar (...) sus sistemas jurídicos (...)”. Adelante, el artículo 25 señala que esos pueblos “tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual y material con sus tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese propósito les incumben respecto de las generaciones venideras”; y el artículo 26, que afirma el derecho de esos pueblos a “poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios”, advierte que ello “incluye el derecho al pleno reconocimiento de sus leyes, tradiciones y costumbres, sistemas de tenencia de la tierra (...) y el derecho a que los Estados adopten medidas eficaces para prevenir toda injerencia, usurpación o invasión en relación con estos derechos”.

(9) A su turno, el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 27 de febrero de 1997, que se refiere a la existencia, relevancia y respetabilidad de derechos individuales y colectivos de los indígenas, establece: “Los pueblos

indígenas tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de su posesión, dominio y disfrute de territorios y propiedad” (artículo XVIII.1); y manifiesta que dichos pueblos “tienen derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquellos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento” (ídem, párrafo 2).

(10) Diversos ordenamientos iberoamericanos contienen disposiciones semejantes, inspiradas en una misma experiencia histórica y cultural (...). Entre ellos figura la Constitución de Nicaragua (...).

(11) En el examen de este caso, el tribunal se planteó el alcance del artículo 21 de la Convención Americana, que bajo el epígrafe “Derecho a la Propiedad Privada” reconoce que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”. En el examen de esta cuestión, se tuvieron a la vista los trabajos preparatorios de la Convención, de los que se desprende el proceso seguido hasta culminar en la expresión que hoy contiene el artículo 21. En un primer momento se propuso recoger en este precepto, explícitamente, el derecho a la propiedad privada. Posteriormente varió la fórmula para quedar como actualmente aparece: derecho al uso y goce de bienes. Son estos los extremos que caracterizan el derecho de los sujetos amparados por la Convención. Obviamente, no existe solo un modelo

de uso y goce de bienes. Cada pueblo, conforme a su cultura, intereses, aspiraciones, costumbres, características y creencias puede instituir cierta versión del uso y goce de los bienes. En suma, se trata de conceptos históricos que deben ser examinados y entendidos desde esta misma perspectiva.

(12) En diversos países de América, los grupos étnicos indígenas, cuyos antepasados –pobladores originales del Continente– construyeron antes de la conquista y colonización instituciones jurídicas que se mantienen vigentes, en cierta medida, establecieron especiales relaciones de hecho y de de-recho a propósito de la tierra que poseían y de la que obtenían sus medios de subsistencia (...) Estas figuras jurídicas (...) diversas legislaciones nacionales las han reasumido y cuentan con el respaldo de sendos instrumentos internacionales, que reivindican los intereses legítimos y los derechos históricos de los primitivos habitantes de América y de sus sucesores.

(13) En ese caso se halla el régimen de la propiedad indígena, que no excluye otras formas de propiedad o tenencia de la tierra –producto de un proceso histórico y cultural diferente–, sino concurre con ellas en la formación del amplio y plural espacio de los derechos con que cuentan los habitantes de diversos países americanos. Este conjunto de derechos, que se hallan comunicados por coincidencias esenciales –la idea nuclear del

La tutela de los derechos humanos ante la Corte Interamericana

uso y aprovechamiento de los bienes—, pero muestran asimismo diferencias importantes —sobre todo en orden a la disposición final de esos bienes—, constituyen el sistema de propiedad que caracteriza a la mayoría de nuestros países. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes que consagra el artículo 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, sustrayéndolas 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.

(14) En el análisis del tema sujeto a su jurisdicción, la Corte Interamericana contempló los derechos de uso y goce reconocidos en el artículo 21 desde la perspectiva, perfectamente válida, de los miembros de las comunidades indígenas. En mi concepto, esta forma de analizar el tema, para los fines de la presente Sentencia, no implica en modo alguno desconocer o negar derechos de otra naturaleza o alcance vinculados con aquellos, como son los de carácter colectivo, a los que con la mayor frecuencia aluden las normas e instrumentos nacionales e internacionales que he invocado en este voto. Es indispensable observar que estos derechos comunitarios, que forman parte entrañable de la cultura

jurídica de muchos pueblos indígenas, y por lo tanto de sus integrantes, constituyen la fuente y el amparo de los derechos subjetivos individuales. En suma, existe una íntima e indisoluble vinculación entre los derechos de ambos órdenes –individuales y colectivos–, de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las personas que forman parte de los grupos étnicos indígenas.

(17) La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contribuye al reconocimiento de unas relaciones jurídicas específicas, que concurren a integrar el estatuto característico de una buena parte de los habitantes de América, cada vez mejor comprendido y reconocido por las legislaciones nacionales y los instrumentos internacionales. El tema de esta Sentencia, y por ende ella misma, se sitúa en un punto de convergencia entre derechos civiles y derechos económicos, sociales y culturales; dicho de otra manera: se halla en el punto al que concurren el Derecho civil y el Derecho social. La Convención Americana, aplicada en los términos de la interpretación que ella misma autoriza, y que además figura en las reglas de la materia conforme al Derecho de los Tratados, debe significar, y en efecto significa, un sistema normativo de protección segura para los indígenas de nuestro Continente, no menos que para los otros pobladores de los países americanos a los que llega el sistema tutelar de la Convención Americana.

E) Caso Bámaca Velásquez (Guatemala), Sentencia de 22 de febrero de 2002

El comandante Efraín Bámaca Velásquez, de la Organización Revolucionaria del Pueblo en Armas, fue capturado por miembros de las Fuerzas Armadas; quedó detenido en un cuartel y fue sometido a torturas. Luego desapareció. Probablemente fue ejecutado. Hubo numerosos obstáculos para conocer su destino y determinar el paradero de sus restos, que no fueron entregados a sus familiares. Agregué un *Voto razonado* a la sentencia.

En relación con los restos humanos, la Corte consideró “que el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia de la dignidad humana. Asimismo, este tribunal ha señalado que los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para ellos. El respeto a dichos restos, observado en todas las culturas, asume una significación muy especial en la cultura maya, etnia mam, a la cual pertenecía el señor Efraín Bámaca Velásquez. Ya la Corte ha reconocido la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América, para los efectos de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*). Como se ha reiterado en la audiencia pública sobre reparaciones en este caso, para la cultura maya, etnia mam, las honras fúnebres aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida

y los antepasados muertos. Así, el ciclo entre la vida y la muerte se cierra con esas ceremonias fúnebres, permitiendo ‘rendir respeto a Efraín, para tenerlo cerca y para devolverlo o llevarlo a convivir con los antepasados’ así como para que las nuevas generaciones puedan compartir y aprender de lo que fue su vida, como es tradición en su cultura indígena”.

Voto del Juez García Ramírez

(2) Consideración de la especificidad cultural.

La sentencia de reparaciones a la que se refiere este voto toma en cuenta la forma en que la pertenencia de la víctima y de sus más cercanos familiares a un grupo étnico indígena puede influir sobre el pronunciamiento de la Corte y determinar los fundamentos, e incluso las características, de las reparaciones ordenadas. En otros asuntos –así, los *Casos Aloeboetoe y otros y Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*–, el tribunal avanzó en la apreciación de derechos vinculados a esa pertenencia étnica, con su correspondiente patrimonio cultural, del que derivan o pueden derivar derechos específicos o modalidades, también particulares, de derechos de general observancia.

La apreciación de tales derechos o de las características de los derechos generales, no relativiza por fuerza el concepto de los derechos humanos, de manera que establezca fronteras y compartimientos que debiliten la tutela del individuo. Por el contrario, amplía racionalmente el ámbito de los derechos

La tutela de los derechos humanos ante la Corte Interamericana

de una persona, reconoce sus rasgos propios —que se instalan sobre los rasgos comunes, inderogables, radicales, de la especie humana— y extrae de todo ello consecuencias jurídicas que concurren a establecer y garantizar la defensa de la dignidad del ser humano, no solo en abstracto —dentro de la especie—, sino en concreto —dentro de un grupo, una etnia, una familia, un pueblo—; en fin, reconoce la individualidad del sujeto con su amplia gama de particularidades y matices. Es así que se transita del ser humano genérico al ser humano específico, en el que encarna la realidad. En este tránsito se enriquece el Derecho y se perfeccionan los derechos.

Al referirse a la obligación del Estado y al derecho de los particulares a propósito de la localización, exhumación y entrega de los restos del señor Efraín Bámaca Velásquez, la sentencia ha tomado en cuenta, por una parte, el derecho que asiste a los familiares de una persona que ha fallecido de recibir sus restos mortuarios, independientemente de cualesquiera consideraciones étnicas, religiosas, culturales que particularicen el caso. Se trata de un derecho universal, irreductible. La misma sentencia de la Corte Interamericana ha considerado, por otra parte, la relevancia específica que la recepción, la honra y la adecuada inhumación de esos restos poseen en la cultura maya, etnia mam, a la que perteneció la víctima y pertenecen sus allegados. No hay conflicto alguno entre estos derechos, que son manifestaciones o círculos concéntricos de una misma facultad jurídicamente

tutelada. Esta cercanía esencial entre los derechos no lleva a desentenderse de uno —el vinculado con la pertenencia a la etnia indígena—, por el hecho de que se reconozca otro —el derecho universal a recibir y sepultar digna-mente los restos del familiar—.

F) Caso “Cinco Pensionistas” (Perú), Sentencia del 28 de febrero de 2003

La demanda plantea la existencia de violaciones a los derechos de propiedad privada (artículo 21), protección judicial (artículo 25) y desarrollo progresivo (artículo 26), en conexión con los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José. En relación con el artículo 26, se tuvo a la vista el hecho de que una nueva legislación modificó las pensiones asignadas a los peticionarios conforme a las disposiciones vigentes hasta 1992. Asimismo, hubo incumplimiento de sentencias favorables a aquellos, dictadas por la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional del Perú. Los mandamientos judiciales ordenaron al Estado “el pago a los pensionistas de una pensión por un monto calculado de la manera establecida en la legislación vigente para el momento en que estos comenzaron a disfrutar de un determinado régimen pensionario”.

La Comisión Interamericana y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares alegaron el incumplimiento del artículo 26 de la Comisión Interamericana, en cuanto el Estado, al haber reducido el monto de las pensiones, no cumplió el deber concierne al desarrollo progresivo de los derechos económicos,

La tutela de los derechos humanos ante la Corte Interamericana

sociales y culturales; en particular, no garantizó a las víctimas ese desarrollo en lo que se refiere al derecho a la pensión.

Este caso entraña, por lo tanto, un tema que desde hace años se halla en el centro de un largo e intenso debate: los derechos de jubilados y pensionados, un grupo humano cada vez más importante, tomando en cuenta las modificaciones que se han presentado –y sobre todo las que habrá– en el perfil demográfico de muchos países, con lo que ello significa desde diversos ángulos: así, los derechos adquiridos por quienes ingresan en la tercera edad y han concluido su etapa laboral, los requerimientos que esto suscita en materia de salud y prestaciones sociales y los problemas financieros que representa la vigencia de tales derechos, a favor de un creciente conjunto de derechohabientes y durante un período cada vez más prolongado.

Hay que observar, como punto de hecho, que los peticionarios –antiguos funcionarios del sector público económico–, percibían jubilaciones apreciablemente superiores a las existentes en la gran mayoría de los casos. En la especie, la Corte Interamericana analizó la situación específica de los peticionarios en el marco del fenómeno general de las pensiones y jubilaciones, y se refirió a las que denominó “dimensiones individual y colectiva” del tema, cuya consideración es indispensable para precisar el sentido y el alcance de la progresividad invocada. El criterio sustentado por la Corte acerca de este último extremo, dentro de las circunstancias en que se produjeron los

hechos alegados, determinó el contenido de la sentencia y ciertamente será importante en el examen de casos futuros a los que resulten aplicables los mismos o similares conceptos.

En la sentencia, que acompañé con un *Voto razonado*, la Corte sostuvo que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente. Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso”.

Así las cosas, la progresividad en el desarrollo de derechos individuales se ha de ponderar en función del progreso de esos derechos en el conjunto de la población, de manera que aquellos puedan beneficiar al mayor número. Es aquí donde se plantea la equidad social, a la que aludió la sentencia. Es razonable ver las cosas de este modo, habida cuenta de que por la

La tutela de los derechos humanos ante la Corte Interamericana

naturaleza de los derechos en cuestión –potencialmente: acceso al trabajo, condiciones adecuadas de protección de la salud, prestación de servicios educativos, etcétera– resulta indispensable crear las condiciones para que los destinatarios puedan ejercerlos efectivamente, de manera que el bien de alguno o algunos no impida, obstruya o demore el bien de todos, y reconociendo, además, que la condición del conjunto no se halla necesariamente reflejada en las condiciones que guardan algunas personas, en franca minoría y con evidente ventaja con respecto a la gran mayoría.

Ese desenvolvimiento amplio de las condiciones generales para el creciente disfrute de los derechos por parte de un también creciente conjunto de la población –particularmente aquellos que no podrían ejercer derechos de este carácter si no se cuenta con tales condiciones, porque otras personas pueden acceder a ellos por sus propios medios– integra la dimensión social de los derechos conforme al criterio enunciado por el Tribunal. Ciertamente no se ha llegado al final en el esclarecimiento de esta cuestión, que avanza a través de la sentencia que ahora menciono. Por lo que toca al caso *sub judice*, resta decir que la Corte reconoció violaciones a los artículos 21 (derecho a la propiedad) y 25 (derecho a la protección judicial), en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.

Voto del Juez García Ramírez

Progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales

Este tema resulta novedoso, todavía, para la jurisdicción interamericana. En diversos casos, la Corte ha examinado derechos civiles que lindan con cuestiones económicas, sociales y culturales, pero aún no ha tenido la oportunidad de entrar de lleno en esta última materia, por sí misma, y tampoco ha podido pronunciarse acerca del sentido que posee la denominada progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales que contempla el artículo 26 de la Convención y recoge el Protocolo de San Salvador.

Cabe suponer que la Corte podrá examinar esta relevante materia en el futuro. Habrá ocasión, pues, de subrayar de nueva cuenta la jerarquía de esos derechos, que no tienen menor rango que los civiles y políticos. En rigor, ambas categorías se complementan y constituyen, en su conjunto, el “estatuto básico” del ser humano en la hora actual. El Estado, comprometido a observar sin condición ni demora los derechos civiles y políticos, debe aplicar el mayor esfuerzo a la pronta y completa efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, disponiendo para ello de los recursos a su alcance y evitando retrocesos que mermarían ese “estatuto básico”.

Este caso no ha permitido avanzar en tan relevante tema, por las razones aducidas al final del capítulo IX de la Sentencia. Empero, en esta figuran algunas consi-

La tutela de los derechos humanos ante la Corte Interamericana

deraciones, formuladas brevemente, que conviene destacar. Una de ellas es la manifestación explícita hecha por la Corte de que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva”. Entiendo que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de ésta.

A mi juicio, el tema no se resume en la mera existencia de un deber a cargo del Estado, que deberá orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece, teniendo a los individuos como simples testigos a la expectativa de que el Estado cumpla el deber que le atribuye la Convención. Esta constituye una normativa sobre derechos humanos, precisamente, no apenas sobre obligaciones generales de los Estados. La existencia de una dimensión individual de los derechos sustenta la denominada justiciabilidad de aquellos, que ha avanzado en el plano nacional y tiene un amplio horizonte en el internacional.

Por otra parte, la Corte dejó dicho en la sentencia a la que corresponde este voto que la progresividad de los derechos de referencia —un tema ampliamente debatido— se debe medir “en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión, en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la

equidad social”. Con sustento en esa ponderación, el Tribunal apreciará el cumplimiento del deber estatal y la existencia del derecho individual, y podrá resolver el litigio específico que tenga a la vista. Al considerar que el presente caso no sustentaría adecuadamente una ponderación de este carácter, habida cuenta de sus peculiaridades, el tribunal puso de manifiesto, no obstante, el vínculo entre el movimiento progresivo de los derechos mencionados, por una parte, y la proyección que este tiene sobre el conjunto de la población y el ingrediente de equidad social que debe caracterizar a esa progresividad, por la otra.

Habida cuenta de los límites que la propia Corte dio a su pronunciamiento en función de las características del caso *sub judice*, no considero procedente ir más lejos en este voto concurrente. El tema sugiere, como es evidente, muchas consideraciones adicionales que traerá consigo el desarrollo de la jurisprudencia interamericana sobre una de las cuestiones más actuales y trascendentes en el sistema de los derechos humanos en nuestra región.

G) Caso “Masacre Plan de Sánchez” (Guatemala), Sentencia de 29 de abril de 2004

Se trató de violaciones del derecho a la vida, cometidas en agravio de miembros de diversas comunidades con motivo de la lucha interna contra la guerrilla. Se planteó la existencia de una política genocida en contra

del pueblo maya, comunidad achí. Hubo reconocimiento por parte del Estado de hechos considerados en la demanda y admisión de responsabilidad internacional. Esto se refleja en la sentencia. Mi *voto razonado* se refiere a puntos ajenos a la materia que se examina en este trabajo; por ello no transcribo ningún párrafo.

A la hora de analizar el tema del genocidio (sobre el que la Corte no tiene competencia, porque no puede aplicar la Convención internacional de esta materia), el Tribunal indicó que “hechos como los señalados, que afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya *achí* en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres, causan un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado, que esta Corte tomará en cuenta al momento de resolver sobre reparaciones”. Se trataría de apreciar, además de las pérdidas de vidas, el impacto que se ejerce sobre la cultura e identidad de un pueblo cuyos miembros más vulnerables fueron victimados: niños y ancianos que serían los transmisores naturales de la herencia cultural.