

I

Sobre la temática de los derechos económicos, sociales y culturales se ha reflexionado relativamente bastante desde los últimos tiempos. Incluso una importante dinámica se ha venido construyendo, especialmente en el ámbito doctrinario, sobre la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹. En ese sentido la temática no resulta novedosa bajo ningún punto de vista. No obstante, el valor efectivo que presenta esta publicación está relacionado con el enfoque sobre la reclamación de los derechos

¹ *Inter alia*: Bolívar, Ligia, “Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes: una visión desde la (in) experiencia de América Latina”, en: *Estudios básicos de derechos humanos*, Nº V, San José, IIDH, 1996; Abramovich, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Presente y futuro de los derechos humanos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, IIDH, 1998; Cançado Trindade, Antônio Augusto, “A Justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional”, en: *Presente y futuro de los derechos humanos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, IIDH, 1998; Urquilla Bonilla, Carlos Rafael, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, *Revista IIDH* Nº 30-31, San José, IIDH, 2000; García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Nº 9, Ciudad México, IIJ/UNAM, 2003; Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano Sistema Interamericano de Derechos Humanos: manual para la presentación de casos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School/ Centro de Derechos Económicos y Sociales, 2003; Salvioli, Fabián, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, Nº 39, San José, 2004; Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el Sistema Universal y en el Sistema Interamericano”, *Revista IIDH*, Nº 40, 2004; Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: Claudia Martín *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, 2004; Cano Nieto, Juliana, “The Protection of ESCR in the Inter-American System through the Use of Precautionary and Provisional Measures”, *Revista IIDH*, Nº 45, San José, 2007.

económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde si bien otras publicaciones la han precedido, sigue imperando una visión y una práctica que todavía no desarrolla todas las posibilidades para lograr la justiciabilidad de tales derechos. Exponer las bases jurídicas que permiten utilizar las herramientas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para hacer una reclamación directa de los derechos económicos, sociales y culturales, logrando así su justiciabilidad, es el derrotero motivador de esta publicación. El modelo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”), fue diseñado para asumir ese papel pero lamentablemente aún no lo cumple².

A. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La primera delimitación que se impone, en consecuencia, está vinculada directamente con el entendimiento sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Existen dos maneras para hacer referencia a este, una de ellas, *stricto sensu*, que lo identifica con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante denominada “Comisión Interamericana”) y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante denominada “Corte Interamericana”). La otra, *lato sensu*, que se refiere al sistema a partir de su definición conceptual y, por tanto, entendiéndolo como un conjunto de elementos que, relacionados entre sí, contribuyen de manera ordenada al logro de un objetivo o propósito³. En tal sentido, no basta con citar a sus dos órganos principales, sino que además debe

2 El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la base jurídica para lograr la protección directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del sistema interamericano. El bosquejo de los argumentos académicos que sostienen esa idea fue publicado en: Urquilla, *supra*, nota 1, pp. 259-281.

3 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22^a ed., Espasa Calpe, Madrid, 2001. Según el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia Española de la Lengua, la palabra “sistema” puede definirse como “conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”.

comprenderse que tales órganos están dentro de una dinámica muy compleja que se entrelaza con el conjunto de normas en materia de derechos humanos aprobadas dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y con una compleja red de sujetos que también interactúan de manera dialéctica entre sí y con los órganos del sistema por medio de la interpretación de las normas, *i.e.*, Estados, víctimas, entidades no gubernamentales y la Asamblea General de la OEA, por citar algunos. El Sistema Interamericano es, pues, la interacción de tres elementos: un elemento normativo, un elemento orgánico y un elemento político-subjetivo.

La comprensión *lato sensu* del Sistema Interamericano es el entendimiento que se sigue y emplea en esta publicación.

1. Elemento normativo

El elemento normativo se integra por las reglas jurídicas de derechos humanos creadas en el marco de la OEA. Se debe prestar especial atención que lo que identifica a una regla jurídica como integrante del elemento normativo del Sistema Interamericano es su origen o creación y no su aplicación dentro de éste. Esto responde a una necesidad heurística u ordenadora que permite identificar *lo* interamericano en el ámbito normativo y distinguirlo de *lo* normativo en otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

Lo anterior requiere dos precisiones. La primera de ellas es que el elemento normativo no hace alusión a las normas del ámbito doméstico de los Estados, esto es así porque el derecho internacional y el derecho doméstico integran un mismo fenómeno u ordenamiento jurídico para cada Estado, con independencia de que sólo una de las fuentes del derecho internacional requiere de actos de “internación” o recepción: los tratados. Las otras fuentes del derecho internacional simplemente operan sobre el Estado y le son exigibles aunque no las haya “internado”. No obstante una acotación hay que hacer con el derecho consuetudinario internacional, pues con la costumbre se produce una inversión de la carga de la prueba para que el Estado demuestre su calidad

de Estado objeta a ella y por tanto que la costumbre concernida no le es exigible. Vistas las cosas *contrario sensu*, ante la falta de demostración de tal calidad, se debe asumir que la norma consuetudinaria le es aplicable *per se*. En realidad se parte de asumir tal aplicabilidad y será interés del Estado aludido acreditar fehacientemente su calidad como Estado objeta.

La segunda precisión es que el elemento normativo no hace alusión a las normas que son empleadas en la fundamentación de los pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano, sino únicamente a las que son originadas dentro de la OEA y que tienen un contenido de derechos humanos. La distinción no es baladí. Precisamente porque el sistema interamericano, al ser un sistema de protección de derechos humanos y resguardar, en consecuencia, la dignidad humana, ofrece normas que tienen una estructura o composición diferente de las que tienen las normas jurídicas que no pertenecen al dominio de los derechos humanos.

Las normas originadas dentro de la OEA con contenido de derechos humanos, son normas de derecho internacional que se rigen, como todas, por el principio de prevalencia respecto del ordenamiento jurídico interno, con una salvedad: solo cuando el contenido de las normas internas brindan mayor protección o garantías a favor de la persona, tendrán preeminencia respecto del derecho internacional. Y lo mismo pasa entre estas y las normas de derechos humanos originadas en otros ámbitos internacionales, donde prevalecerán, por encima de cualquier criterio, aquellas que igualmente ofrezcan el mayor ámbito de protección a la dignidad humana. Por eso es preferible afirmar que el elemento normativo del Sistema Interamericano lo componen las normas de derechos humanos originadas en la OEA, aunque los órganos de protección de este, empleen para la fundamentación de sus decisiones, normativa que tenga otro origen, aunque sean coincidentes en el propósito de resguardar la dignidad humana.

Así, las normas que integran el elemento normativo del Sistema Interamericano son aplicadas por los órganos de protección

de éste, pero al procedimiento de su aplicación, precede la interpretación, y es justamente la interpretación de las normas de derechos humanos –que tiene reglas propias adicionales y especiales a las normas de interpretación del derecho de los tratados– la que obliga a utilizar otras normas originadas fuera de la OEA –ya sea porque provienen de otros sistemas de derechos humanos a los que se sujeta el Estado, o porque provienen de su derecho doméstico– para lograr el adecuado sentido de las normas que integran el elemento normativo. Las normas originadas en la OEA se interpretan y aplican teniendo en consideración normas que no son originadas en la OEA. La Corte Interamericana ha tenido la oportunidad, por ejemplo, de interpretar el derecho a la vida, contemplado en el artículo 4, inciso 1 de la Convención Americana a la luz de normas del derecho internacional humanitario, en particular de los Convenios de Ginebra⁴. Lo mismo ha hecho para interpretar el derecho a la propiedad privada, contemplado en el artículo 21, inciso 1 de la Convención Americana, empleando para ello normas del derecho interno⁵ y normas del derecho internacional en el marco de la Organización Internacional del Trabajo⁶.

Dicho lo anterior, el elemento normativo del Sistema Interamericano se compone de las variadas fuentes del derecho internacional: normas del *ius cogens*, costumbre internacional, tratados, declaraciones (como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –que en adelante se la

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Las Palmeras contra Colombia. Excepciones preliminares*. Sentencia del 4 de febrero de 2000. Serie C, N° 67, párrs. 32-34; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala. Fondo*. Sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C, N° 70, párr. 209.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, N° 79, párr. 148.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Yaky Axe contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, N° 125, párr. 130; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, N° 146, párr. 117.

denominará “Declaración Americana”– y otras normas de naturaleza similar), principios generales del derecho, resoluciones adoptadas en el marco de la OEA, actos unilaterales de Estado y normas de derecho emergente (*soft law*).

a. Normas del *ius cogens*

Las normas del *ius cogens* son las normas fundantes del ordenamiento jurídico internacional, constituyendo así la base esencial de la validez material de todas las restantes normas del Derecho. Según Brownlie, en el pasado reciente, opiniones eminentes respaldaron la idea sobre la existencia de ciertos principios del derecho internacional que prevalecían, formando un cuerpo normativo, al que se denominó *ius cogens*⁷. Lo que caracteriza esencialmente a las normas del *ius cogens* es su tendencia a la perpetuidad e inmutabilidad. No implica ello que las normas del *ius cogens* sean eternas y que no puedan ser modificadas, pero hacerlo implica una concurrencia muy importante de factores políticos, morales y jurídicos que impacten en la conciencia global, especialmente porque las normas del *ius cogens* no se encuentran ligadas directamente con la voluntad unilateral de un Estado, o con la voluntad surgida por la concurrencia de dos o más Estados. En este sentido las normas del *ius cogens* sólo pueden ser sustituidas o enmendadas por otras normas del *ius cogens*.

Aunque las normas del *ius cogens* han logrado un espacio de reconocimiento en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no es menos cierto que ellas existen al margen del derecho de los tratados y de las voluntades estatales inmersas en el proceso de negociación y vigencia de éstos. Las normas del *ius cogens* por lo tanto, despliegan sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico y no sólo sobre el derecho de los tratados.

7

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2001 pp. 514-515.

Las normas del *ius cogens* no son normas que siempre consten documentalmente, es decir, que su proceso de creación no se decanta en un acto de formalización en un respaldo documental que adquiere oficialización. Algunas normas del *ius cogens* pueden provenir del derecho de los tratados, pero eso no es un requisito de su existencia. En el Sistema Interamericano se ha reconocido que, *inter alia*, son normas de *ius cogens* aquellas prohibitivas de la esclavitud⁸, de la aplicación de la pena de muerte a personas menores de 18 años al momento de cometer un delito sancionable con tal pena⁹, y la que reafirma el principio de igualdad y la prohibición de toda forma de discriminación¹⁰.

b. Costumbre internacional

Las normas consuetudinarias comparten con las normas de *ius cogens* su característica de no constar en una base documental. No obstante, a diferencia de las normas de *ius cogens* poseen un sustrato fáctico observable en la conducta de los Estados, y un sustrato conceptual que requiere constatación –normalmente denominado *opinio iuris*¹¹. No obstante que la costumbre puede

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Aloeboetoe y otros contra Suriname. Reparaciones y costas*. Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Serie C, N° 15, párrs. 56-57.

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Michael Domingues contra Estados Unidos. Informe sobre el fondo*. Sentencia 62/02 del 22 de octubre de 2002, caso 12.285, párrs. 84-87. En esta decisión se observa la constatación de la existencia de una norma consuetudinaria, según la cual se prohíbe la imposición de la pena de muerte para personas que, en el momento de cometer un delito sancionable de tal manera, eran menores de 18 años; la misma decisión da cuenta, incluso, de la evolución de esa norma consuetudinaria hacia una norma de *ius cogens*.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva, Serie A, N° 18, del 17 de septiembre de 2003, párrs. 97-101.

¹¹ Brownlie, *supra* nota 7, pp 5-9. Resulta ser una verdad de perogrullo que los elementos fácticos de la costumbre deben probarse, aunque un debate puede plantearse sobre la necesidad de demostrar la *opinio iuris* por ser un asunto conceptual y que carece de base fáctica; sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia parece haber asumido su existencia sobre la base de los elementos demostrativos de una práctica general (*ibidem*, p. 7), y en otras ocasiones por la existencia de

ser bilateral, regional o universal¹², la experiencia del Sistema Interamericano no ha transitado por la aplicación de costumbres bilaterales ni regionales, sino que ha acudido a la identificación de costumbres universales y, por tanto, compartidas por la mayor cantidad posible de Estados en el mundo.

La utilización de normas consuetudinarias por los órganos del Sistema Interamericano ha sido muy escasa. Y aún así, su uso se aprecia principalmente respecto de casos en los que están involucrados Estados que no son parte de la Convención Americana¹³, seguramente porque en el actual estado de desarrollo del derecho internacional americano, las normas escritas suelen ser comprensivas de las consuetudinarias, quedando estas subsumidas por aquellas¹⁴. Aunque no es imposible, es cada vez más difícil encontrar un ámbito del derecho que sea regulado sólo por la costumbre y respecto del cual no pueda hacerse alusión o referencia a normas escritas.

un consenso doctrinario o por previas determinaciones de la propia Corte Internacional de Justicia o de otros tribunales internacionales (*Ibidem*), y en otras ocasiones también ha requerido pruebas contundentes de la existencia de la *opinio iuris* (*ibidem*, pp. 7-9).

- 12 *Ibidem*, pp 9-10. Tratándose de costumbres derivadas de las relaciones bilaterales, el componente de *opinio iuris* no puede presumirse sobre la base de la práctica continuada, y precisamente la noción de *opinio iuris* se confunde con el principio de la aquiescencia.
- 13 Así, los peticionarios han considerado, entre otros, que las normas del Protocolo I a los Convenios de Ginebra se reconocen como un derecho consuetudinario (ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 10.573. *Informe sobre el fondo* 31/93, del 14 de octubre de 1993, párr. 57); igualmente que existe como norma del derecho consuetudinario internacional la prohibición de impedir a alguien abandonar su propio país, la prohibición de devolver a una persona una situación de riesgo o peligro (*non-refoulement*), y la norma que obliga a proveer un recurso eficaz para la protección de los derechos humanos (ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 10.675. *Informe sobre el fondo* 51/96, del 13 de marzo de 1997, párr. II, inciso g).
- 14 También hay una razón práctica, y es que las normas escritas, por ejemplo las convencionales, no sólo incluyen la norma consuetudinaria, sino que poseen un nivel de regulación mucho más amplio que favorece su utilización para resolver disputas o controversias específicas.

Lo anterior no significa nada respecto de la modalidad de interrelación entre el derecho escrito y el derecho consuetudinario. Particularmente en el ámbito del derecho internacional no hay algo que esencialmente obligue a que la modalidad de tal interrelación se rija necesariamente por un criterio determinado –como por ejemplo las modalidades de costumbre *præter legem*, costumbre *secundum legem* o costumbre *contra legem*– porque en el dominio del derecho internacional general prevalece aún un sentido voluntarista¹⁵. Lo cierto es que, en lo que a derechos humanos se refiere, la modalidad de interrelación para solventar una controversia entre una norma escrita y una consuetudinaria no será más que el principio *pro persona*¹⁶.

c. Tratados

Una de las más amplias e importantes fuentes del elemento normativo son los tratados aprobados en el marco de la OEA con contenido de derechos humanos. Los tratados guardan una relevancia muy valiosa porque demuestran de manera incontestable la voluntad positiva de un Estado por cumplir con su contenido, cuando desarrolla los actos necesarios para expresar su deseo de obligarse por medio del mismo. Las fuentes anteriormente revisadas no requieren actos del Estado que manifiesten su deseo por reconocer los efectos vinculantes de su contenido. Así, las normas del *ius cogens* por su naturaleza –al oponerse al *ius dispositivum*– establecen reglas de comportamiento que no pueden desconocerse voluntariamente, es decir, se imponen al voluntarismo de los sujetos del derecho internacional, de manera que su validez y exigencia no requiere de actos que expresen el deseo a someterse a ellas. Incluso algo similar pasa con la costumbre internacional, donde la

¹⁵ En el ámbito del derecho internacional general, una costumbre puede dejar sin efecto o enmendar el contenido de un tratado, si de la conducta de las partes se desprende la voluntad y el consentimiento de que así suceda, ver: Brownlie, *supra* nota 9, p. 4.

¹⁶ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en: Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, 1997.

obligatoriedad de una de tales normas no se ajusta propiamente a la manifestación de voluntad de un Estado en aceptar la norma derivada de la costumbre, como de lo contrario, es decir, que no la rechace persistentemente desde su creación como Estado objeto¹⁷.

Con los tratados sucede lo contrario. Los efectos normativos de un tratado sólo se despliegan sobre un Estado en tanto que ha manifestado su voluntad por comprometerse por los términos del tratado, haya o no participado en la formación de los alcances de su texto¹⁸. De esta manera, la relevancia de las normas convencionales radica en la manifiesta intencionalidad de reconocer los efectos jurídicos de ellas.

Respecto del Sistema Interamericano, el tratado más importante es la Convención Americana, respecto de la cual los restantes tratados son ampliaciones, o son normas que ofrecen un contenido autónomo de especialización temática o de protección sectorial. El carácter fundamental de la Convención Americana descansa tanto en razones históricas como en su contenido. Su régimen de protección ha estado vinculado directamente a la judicialización de la protección de los derechos humanos, reconociendo así la tendencia de construcción del paradigma internacional del Estado de Derecho¹⁹.

17 Brownlie, *supra* nota 7, p. 10. El auténtico Estado objeto lo es desde el inicio de la formación de la norma consuetudinaria, porque cuando la norma ya está formada no hay un “subsecuente Estado objeto” pues en realidad se trataría o de la aquiescencia de los restantes Estados sobre el comportamiento contrario a la costumbre que realiza un Estado, o se trataría del fenómeno sociológico y jurídico en el cual una norma consuetudinaria estaría enmendándose.

18 Empleando cualquiera de las modalidades reconocidas en el derecho internacional y que se plasman en el artículo. 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

19 Aunque la expresión “Estado de derecho” tiene inexorablemente un sentido más propio de la ciencia política o del derecho constitucional, que del derecho internacional, el modelo del “Estado de derecho” es en realidad un paradigma caracterizado por la prevalencia del ordenamiento jurídico democráticamente elaborado, por encima del voluntarismo político y debidamente garantizado por la vía jurisdiccional.

A la Convención Americana siguió cronológicamente la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, mediante la cual se determina el concepto de tortura, que es una conducta prohibida por el Artículo 5 de la Convención Americana. La tortura no tiene definición en el Artículo 5 de la Convención Americana, por lo que corresponde a la jurisprudencia de los órganos del sistema definir criterios para conceptualizarla, que permitan discernir qué comportamientos son tortura, y cuáles son tratos crueles, inhumanos o degradantes. En ese sentido la utilidad de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura radica en que construye una definición de tortura completamente normativa. Hasta el momento la definición de tortura empleada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la que se deriva de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, presentan notables diferencias que pueden incidir grandemente en la creación de un doble estándar de protección del ser humano en contra de la tortura.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana en ese tema se ha basado en la que ha desarrollado su análoga europea, así quedó claramente manifestado en la sentencia sobre el fondo del *Caso Cantoral Benavides*. En este caso se afirmó que²⁰: “[Entre] los elementos de la noción de tortura [...] está incluida la intervención de una voluntad deliberadamente dirigida a obtener ciertos fines”.

El fragmento citado de esa sentencia alude a una definición analítica de la tortura, en la cual esta es comprendida mediante el estudio de sus elementos integradores; uno de ellos es el elemento teleológico, relacionado con la finalidad por la cual a la víctima se le infinge la aplicación del sufrimiento o dolor. Sin embargo, en la definición normativa contenida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura el elemento teleológico es irrelevante, lo que permite que se clasifique como tortura una conducta que, a la luz de la jurisprudencia,

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantoral Benavides contra Perú. Fondo*. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C, N° 69, párr. 97.

sería probablemente clasificada como un trato cruel, inhumano o degradante. La definición normativa de tortura se expresa así: “[Todo] acto realizado intencionalmente por el cual se infljan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin”.

Entre la expresión “obtener ciertos fines” que emplea la jurisprudencia citada, y la expresión “o con cualquier otro fin” que se encuentra en la formulación lingüística de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, existen grandes diferencias, como que para la primera, la finalidad es importante, mientras que para la segunda no lo es, por lo que el concepto de tortura convencional es más amplio que el jurisprudencial. Este es un ejemplo valioso para advertir el efecto que la interpretación judicial puede producir en la determinación de los alcances de una norma.

Tres años después de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura se aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –que en adelante se la denominará “Protocolo de San Salvador”– agregando así un listado amplio y expreso de derechos económicos, sociales y culturales que extendía, de manera enunciativa, los derechos humanos reconocidos convencionalmente en el sistema interamericano²¹. A éste le siguió el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, cuyo propósito es permitir un tránsito entre la tendencia reduccionista y restrictiva sobre

²¹ El último párrafo del preámbulo del Protocolo de San Salvador, precisamente destaca que la finalidad de tal protocolo es reafirmar, desarrollar, perfeccionar y proteger los derechos económicos, sociales y culturales que ya han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto del ámbito universal como regional. De manera que este mismo texto reconoce que tales derechos ya tenían existencia en el sistema interamericano, con anterioridad. Sobre el Protocolo de San Salvador ver *infra* capítulo II..

el uso de la pena de muerte que se contempla en la Convención Americana, hacia su completa eliminación como sanción penal aplicable a civiles²².

En 1994, la Asamblea General de la OEA, reunida en la ciudad de Belém do Pará, en el marco de su XXIV Período Ordinario de Sesiones, adoptó dos importantes tratados que incrementaron la calidad del sistema interamericano: por una parte, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y por la otra, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas se creó en 1994 con la intencionalidad de llenar un vacío respecto del delito de desaparición forzada de personas. En realidad el vacío era meramente normativo-convencional, porque la jurisprudencia de la Corte Interamericana había tenido la oportunidad histórica de contribuir al progreso del derecho internacional elaborando una construcción típica del delito de desaparición forzada de personas, que previamente había sido condenado ampliamente por la comunidad internacional como una grave violación de los derechos humanos, sin que hasta el momento de aquella oportunidad se hubiera desarrollado una formulación de los elementos integradores de este crimen internacional.

Incluso el desarrollo jurisprudencial alcanzado superó, por mucho, los resultados posteriores de la negociación que culminó con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada

22 El artículo 2, inciso 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte deja abierta la posibilidad para que los Estados se reserven el derecho de aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra conforme al derecho internacional, y por delitos sumamente graves de carácter militar. De manera prística se ha interpretado el sentido de progresividad de la Convención Americana, que sin abolir la pena de muerte, reduce su utilización ampliamente, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Restricciones a la pena de muerte* (Art. 4, incisos 2 y 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva del 8 de septiembre de 1983. Serie A, N° 3, párr. 57.

de Personas. Precisamente, la construcción jurisprudencial afirmaba desde sus inicios que²³:

Si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica *internacionales* han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad [...] La Asamblea General de la OEA ha afirmado que “es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad”. También la ha calificado como “un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal”.

De esa manera, si bien la jurisprudencia no estaba afirmando, reconocía, conjuntamente con resoluciones internacionales tanto del ámbito de Naciones Unidas como del de la OEA, el carácter de delito de lesa humanidad que posee la desaparición forzada de personas. Y en un intento de descripción muy detallado de los elementos integradores del delito en referencia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana señaló²⁴:

La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal. [...] Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Fondo*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, N° 4, párr. 153.

24 *Ibidem*, párrs. 155-157.

ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal [...] Por lo demás, las investigaciones que se han verificado donde ha existido la práctica de desapariciones y los testimonios de las víctimas que han recuperado su libertad demuestran que ella incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, en violación también al derecho de la integridad física reconocido en el mismo artículo 5 de la Convención. [...] La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención.

Conforme al desarrollo jurisprudencial, la desaparición forzada de personas es algo más que una simple privación de libertad con ausencia informativa. Ese es, sin lugar a dudas, el contenido básico y elemental, pero los tratos crueles, inhumanos o degradantes, o en ocasiones las torturas, suelen ser elementos concomitantes de la desaparición forzada de personas, mientras que la afectación al derecho a la vida es un elemento posible de ocurrir, con ocultación del cadáver, en su caso.

No obstante, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas se mueve en una línea diferente, quizás con una conceptualización bastante limitada de lo que debe entenderse por desaparición forzada de personas, cuando en su Artículo II indica:

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas limitó la definición que sobre este ilícito había construido la jurisprudencia, en el sentido de no contener todas las conductas que normalmente suelen suceder en las formas tradicionales de desaparición forzada de personas; sin embargo, precisamente como resultado de la omisión de algunas conductas aplicadas directamente sobre las personas desaparecidas –especialmente relacionadas con la tortura– la definición convencional termina ampliando la casuística contenida en la definición jurisprudencial. Con la definición convencional, pues, son más los casos que deben considerarse como desaparición forzada de personas, aunque la definición jurisprudencial ofrece una definición de desaparición forzada de personas que involucra más elementos de gravedad en la conducta.

Finalmente, durante 1999, se adoptó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Personas con Discapacidad, que ha sido el último tratado aprobado en el marco de la OEA en materia de derechos humanos, y que pretende combatir la discriminación respecto de personas con retos especiales o capacidades diversas.

Todos los tratados integrantes del elemento normativo del Sistema Interamericano tienen un marco de interrelación que lo construye el artículo 29, inciso *b* de la Convención Americana y que se expresa así:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...]

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados [...]

Este criterio de interpretación de la Convención Americana obliga, por lo tanto, a que las disposiciones de ésta sean interpretadas dentro del contexto normativo en el que se inserta, tanto de derecho interno como de derecho internacional, en el sentido que se deberá guardar un equilibrio adecuado que no conduzca a la eliminación o disminución de los derechos que

se reconocen por otras fuentes distintas a la de la Convención Americana. De esta forma, toda interpretación de la Convención Americana que disminuya el alcance de un derecho reconocido por otra fuente jurídica, será una interpretación no autorizada.

Adicional y complementariamente, el artículo 29, inciso *a* de la Convención Americana también establece otro extremo de la validación de una interpretación, al señalar:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o personas, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

La norma recién citada tiene su ámbito de aplicación respecto de los derechos y libertades que se encuentran enunciados en los artículos de la Convención Americana y plantea un criterio de interpretación que no puede conducir como resultado ni a la eliminación ni supresión, ni a la limitación en mayor medida que lo prevista en ella, de tales derechos y libertades. Contemporáneamente, el artículo 29, inciso *b* regula que la interpretación de la Convención Americana no se puede realizar si ello produce la disminución en el contenido de los derechos originados en otra fuente jurídica, ya sea de derecho internacional o de derecho doméstico, que esté vigente para el Estado. Los incisos *a* y *b* del artículo 29 de la Convención Americana generan una tensión dialéctica en su interpretación, que se sintetiza en el denominado principio *pro personae*: la Convención Americana es un contenido mínimo que puede acrecer, por la vía de la interpretación, a través del resto del ordenamiento jurídico vigente, a condición de que ofrezca un reconocimiento mayor de los derechos.

Esta conjugación en el marco del denominado principio *pro personae* ha sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana. Probablemente uno de los más destacados se apreció en la opinión consultiva denominada *La*

colegiación obligatoria de periodistas, donde manifestó²⁵: “Si la propia Convención [Americana] establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención [Americana], para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”.

Así pues, no hay lugar a confusión. La interpretación de la Convención Americana al basarse necesariamente en el principio *pro personae* se abre hacia todo el restante ordenamiento jurídico, colocándose ella misma como un contenido mínimo no oponible. Todos los tratados del elemento normativo del Sistema Interamericano impactan en el alcance de la Convención Americana por la vía de la interpretación.

Adicionalmente, la Convención Americana posee otras reglas de interpretación que no pueden pasarse por alto tomando en cuenta su importancia estratégica. Así el artículo 29, inciso c de la Convención Americana dice textualmente así:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

[...]

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno [...]

Este punto da paso a una tendencia *iusnaturalista* de la Convención Americana en el sentido de reconocer que la fuente de los derechos humanos no es un acto positivo estatal destinado a crear un derecho, sino que el rol del Estado únicamente puede ser de reconocimiento de estos. Por supuesto que el referido artículo abre la puerta para que, por la vía de la deducción racional, se puedan reconocer derechos no contemplados en la Convención Americana, y cuya interpretación no puede conducir

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985. Serie A, N° 5, párr. 52.

al desconocimiento de tales derechos. Ese proceso deductivo racional puede encontrar facilidad en el logro de sus propósitos hermenéuticos acudiendo a las diferentes manifestaciones de voluntad del Estado o de la OEA, donde reconozcan la existencia de ciertos derechos como inherentes o consustanciales a la dignidad humana.

Lo mismo ocurre con el artículo 29, inciso *d* de la Convención Americana que dice:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

[...]

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Esta disposición se dirige hacia el reconocimiento del contenido y efecto al que está llamada la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante se la denominará como “Declaración Americana”), y otros actos internacionales de semejante naturaleza –actos declarativos– con independencia de si han adquirido un valor jurídicamente vinculante por sí mismas o si su contenido específico lo ha logrado por efecto de la costumbre internacional.

d. Declaraciones

Precisamente la última afirmación del párrafo que antecede es un punto limítrofe entre las fuentes convencionales y aquellas que atienden a instrumentos declarativos, las que en términos generales no suelen tener reconocimiento como fuentes jurídicas, o como fuentes de reconocimiento de normas jurídicas vinculantes en el derecho internacional. El carácter vinculante de la Declaración Americana es hoy un asunto que no admite discusión, y su constatación se debe a un valioso pronunciamiento de la Corte Interamericana sobre ese punto en particular. En 1988, Colombia solicitó la formulación de una opinión consultiva mediante la cual buscaba una respuesta a la

siguiente pregunta²⁶: “¿Autoriza el artículo 64 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a rendir opiniones consultivas, a solicitud de un Estado Miembro de la OEA o de uno de los órganos de la misma, sobre [la] interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá en 1948 por la Novena Conferencia Internacional Americana?”

Al respecto, la Corte Interamericana lo primero que llega a afirmar de manera contundente es que la Declaración Americana no es un tratado en los términos que dispone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ni de la Convención Americana²⁷. Sin embargo, destaca, como principio de cuenta, que ésta es una fuente de obligaciones jurídicas internacionales, respecto de los Estados miembros de la OEA, como de aquellos que además son Estados Partes de la Convención Americana; lo único que respecta de estos, el efecto de la Declaración Americana lo es por una doble vía: como Estados miembros de la OEA, debido a que solo se puede ser Estado parte de la Convención Americana al ser Estado miembro de la OEA²⁸, y adicionalmente, por el efecto interpretativo expreso al que invoca el artículo 29, inciso *d* de la Convención Americana que obliga a interpretarla sin excluir el efecto que pueda producir la Declaración Americana así como otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El pronunciamiento de la Corte Interamericana debe comprenderse en la plenitud de sus alcances. La Corte Interamericana no propone una conceptualización separatista entre “Estados miembros de la OEA” y “Estados parte de la Convención Americana”, como si se tratara de una desconexión históricopolítica. Por el contrario, todo Estado Parte de la Convención

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva del 14 de julio de 1989. Serie A, Nº 10, párr. 2.

27 *Ibidem*, párr. 33.

28 Art. 74, inciso 1 de la Convención Americana.

Americana es, antes y después de llegar a esa calidad, un Estado miembro de la OEA. De esta forma, los Estados miembros de la OEA corresponden a un conjunto, del cual los Estados Parte de la Convención Americana son una parte de él, y no un conjunto separado.

Esto tiene importantes repercusiones jurídicas, quizás la más importante es que, en palabras de la Corte Interamericana, para los Estados miembros de la OEA, la Declaración Americana, en lo pertinente y en relación con la carta de la OEA, constituye una fuente de obligaciones internacionales²⁹. Así las cosas, un Estado Parte de la Convención Americana no deja de ser miembro de la OEA, por lo tanto, al llegar a ser parte de tal tratado, agrega un componente jurídico a la protección de los derechos humanos básica que por antonomasia le establece su membresía a la OEA³⁰.

La conclusión básica respecto de la Declaración Americana es que, respecto de un Estado miembro de la OEA que no sea parte de la Convención Americana, la Declaración Americana es fuente directa de obligaciones jurídicas. Y respecto de un Estado miembro de la OEA que adicionalmente es parte de la Convención Americana, la Declaración Americana no deja de ser fuente directa de obligaciones jurídicas, y por lo tanto, esta es, al mismo tiempo, fuente de interpretación y de integración de la Convención Americana³¹. O dicho en otros términos, conforme al artículo 29, inciso *d* de la Convención Americana, la Declaración Americana es una fuente de interpretación de esta, y por ocasión de la calidad de miembro de la OEA, un Estado

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva del 14 de julio de 1989. Serie A, Nº 10, párr. 45.

³⁰ *Ibidem*, párr. 46.

³¹ Ver: Salvioli, Fabián, “El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos”, en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, San José, 2003, tomo I, p. 695.

Parte de la Convención Americana encuentra en la Declaración Americana, además, una fuente de integración para complementar los silencios o vacíos de la Convención Americana.

Con relación a otras declaraciones no puede siempre aplicarse la misma lógica, en el sentido de que lleguen a ser contemporáneamente fuentes de integración y de interpretación. Todas las declaraciones –otros actos internacionales de la misma naturaleza– serían en principio sólo fuentes de interpretación de la Convención Americana, por virtud del tenor expreso de su artículo 29, inciso *d*, aunque esto no implique que la conciencia jurídica obligatoria se desarrolle sobre ellas y su contenido, llegando a adquirir vinculatoriedad como derecho internacional consuetudinario.

e. Principios generales del derecho

Los principios generales del derecho no son, técnicamente hablando, fuentes que permitan reconocer la existencia de derechos humanos, sin embargo, sí son elementos que contribuyen a guiar la aplicación de las normas, ya sea por la vía de la interpretación o por la vía de la integración. En muchas ocasiones los principios generales del derecho han guiado la creación de normas, por lo que la aplicación de estas, en definitiva, es la aplicación de aquellos. De esta manera, los principios generales del derecho han sido aplicados de manera implícita y subyacente, en la medida en que se han aplicado normas jurídicas que fueron creadas en ellos. Muestra de esto es lo que ocurre, por ejemplo, con principios que han alcanzado el rango de normas jurídicas, como el principio de prohibición de retroactividad o el principio de juez natural que, al mismo tiempo, por su importancia estratégica se han convertido no sólo en normas jurídicas sino también en auténticos derechos humanos.

No corresponde hacer un listado prolífico de cuáles son los principios generales del derecho que podrían aplicarse en el dominio de los derechos humanos. Lo que interesa es reconocer que los principios generales del derecho poseen una importante

fuerza para guiar la aplicación de las normas de derechos humanos³².

f. Resoluciones adoptadas en el marco de la OEA

En el derecho internacional tradicional, las resoluciones que adoptan los organismos internacionales tienen fuerza vinculante únicamente dentro de la propia organización, y salvo por vía de excepción, son fuentes generadoras de obligaciones específicas para los Estados.

Sin embargo, cuando los organismos de la OEA emiten resoluciones haciendo eco o reconociendo la existencia de derechos que originalmente los órganos de protección no habían tenido las posibilidades de ejercer, incluso por entendimiento de la jurisprudencia consolidada, se da lugar a un nuevo derecho. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho humano a la verdad, reconocido por la Resolución AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06).

g. Actos unilaterales de los Estados

Los actos unilaterales de los Estados son una importante fuente de obligaciones internacionales. Es un lugar común en este punto acudir a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en los casos *Nuclear Test* donde se sentó primariamente el reconocimiento efectivo de los actos unilaterales de los Estados como fuentes de obligaciones internacionales. Particularmente en tales sentencias se manifestó³³:

32 A manera de ejemplo, la Corte Interamericana ha considerado que la peligrosidad de una persona acusada de un delito, empleada para la determinación de la calificación de su conducta o la imposición de una sanción, es una vulneración del principio de legalidad criminal, lo que sirvió de base para declarar la violación al artículo 9 de la Convención Americana, cuya formulación literal sólo abarca la necesidad de que las conductas penales estén descritas con anterioridad, ver.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fermín Ramírez contra Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 20 de junio de 2005. Serie C, N° 126, párrs. 87-98.

33 International Court of Justice, *Nuclear Tests Case* (Australia vs. France), judgment of 20 December 1974, párrs. 43-44, asimismo: International

It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration. An undertaking of this kind, if given publicly, and with an intent to be bound, even though not made within the context of international negotiations, is binding. [...] Of course, not all unilateral acts imply obligation; but a State may choose to take up a certain position in relation to a particular matter with the intention of being bound—the intention is to be ascertained by interpretation of the act. When States make statements by which their freedom of action is to be limited, a restrictive interpretation is called for.

La doctrina del derecho internacional se ha encargado de ir construyendo una sólida teoría sobre los actos unilaterales de Estado, e igualmente la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas ha dado una valiosa contribución en la temática.

El jurista internacionalista español Bondía García indica que son cuatro los actos unilaterales de un Estado que producen obligaciones jurídicas, a saber: la promesa, el reconocimiento, la protesta y la renuncia³⁴. Mediante la promesa el Estado se compromete a observar una determinada línea de conducta³⁵; el reconocimiento considera como legítimo un estado de cosas o una pretensión determinada, generándose la obligación de no contestar la legitimidad de ese estado de cosas o de la pretensión³⁶; la protesta es la antítesis del reconocimiento y, por tanto, con él se cuestiona la legitimidad de una pretensión o de un estado de

Court of Justice, *Nuclear Tests Case* (New Zealand vs. France), judgment of 20 December 1974, párrs. 46-47.

³⁴ David Bondía García, *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, J.M. Bosch ed., 2004, pp. 89-110.

³⁵ *Ibidem*, p. 89.

³⁶ *Ibidem.*, pp. 98-99.

cosas³⁷. La renuncia es mediante la cual un Estado abandona una pretensión o un derecho, una competencia o un poder³⁸.

Desde el punto de vista teórico, los actos unilaterales de Estado, para poder generar obligaciones deben satisfacer varios requisitos, como la intención de obligarse por el acto³⁹, la licitud del objeto del acto⁴⁰, la capacidad internacional del emisor del acto,⁴¹ así como otras determinadas formalidades⁴². Además, los actos unilaterales del Estado no son actos de cumplimiento de obligaciones convencionales o consuetudinarias que imponen determinados cursos conductuales, sino que para ser auténticos deben surgir sobre aspectos no reglamentados ya por el derecho, de manera que la obligación que generen se deba auténtica y directamente al acto unilateral y no a una norma que le impone ese comportamiento.

Normalmente, los actos unilaterales de Estado que han repercutido en el sistema interamericano, lo hacen desde el punto de vista de la relación jurídico-procesal, es decir, se manifiestan en el contexto de un proceso y suelen tener esa naturaleza.. Sin embargo, nada impide que puedan existir actos unilaterales de Estado que sin compartir esa naturaleza procesal generen obligaciones sustantivas en materia de derechos humanos.

El ámbito de los derechos humanos obliga a realizar ciertas matizaciones en la teoría de los actos unilaterales de Estado, principalmente porque esa teoría se ha estructurado en el reconocimiento de que la comunidad internacional es una yuxtaposición de soberanías, de manera que los actos unilaterales de Estado tradicionalmente se entienden como el acto de un Estado *vis-à-vis* el resto de integrantes de la comunidad internacional; sin embargo, hay que tener presente que en derechos humanos,

37 *Ibidem*, p. 102.

38 *Ibidem*, p. 105.

39 *Ibidem*, pp. 111-118.

40 *Ibidem*, pp. 118-124.

41 *Ibidem*, pp. 124-129.

42 *Ibidem*, pp. 129-135.

las obligaciones son asumidas no por un intercambio de intereses inter-estatales, sino unilateralmente desde el Estado hacia la población sujeta a su jurisdicción, por lo que esta particularidad debe ser tomada en cuenta para comprender que, vistas las cosas desde la dimensión de los derechos humanos, los actos unilaterales de Estado incluirían también aquellas declaraciones, promesas, protestas y renuncias que el Estado hace dirigiéndose a la población que se encuentra sujeta a su jurisdicción. De esta forma, en el dominio de los derechos humanos son relevantes como actos unilaterales del Estado, los tradicionales pero también ciertas manifestaciones de voluntad estatal que no están dirigidas hacia la comunidad internacional –parcial o totalmente considerada– sino a la población sujeta a su jurisdicción.

h. Normas de *soft law* (*derecho emergente*)

El *soft law* es un conjunto normativo no vinculante, pero que tiene importancia persuasiva o indicativa de hacia dónde dirigir la conducta, sin que se pueda aducir directamente que su observancia es obligatoria, y por lo tanto, su inobservancia no es *per se* la base de una declaratoria de responsabilidad internacional. Ningún Estado en el Sistema Interamericano puede ser hallado responsable de ninguna conducta, ni obligado, consecuentemente, a reparar los daños causados, porque su conducta se ha alejado de un deber ser establecido por el cuerpo normativo del *soft law*. Sin embargo, el *soft law* es una poderosa herramienta que sirve para interpretar los alcances de diferentes normas vinculantes.

En muchas ocasiones las normas jurídicas convencionales o consuetudinarias poseen un nivel de abstracción muy amplio, y es ahí donde las normas de *soft law* cobran particular relevancia, ayudando a disminuir esa abstracción. Dentro del Sistema Interamericano hay por lo menos dos importantes ejemplos de normas de *soft law* que se ha construido y sistematizado como resultado de trabajos de la Comisión Interamericana, a saber: la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

Su existencia no presupone necesariamente su utilización; tampoco la Corte Interamericana está obligada a usarlas como parámetros para la solución de un caso. Su utilización se encuentra dentro del sentido de fundamentación de las decisiones, en ocasiones como fundamento complementario o subsidiario. Y dentro del margen que existe para su utilización, igualmente es posible que se empleen otras normas de *soft law* provenientes del sistema de Naciones Unidas, si fuera el caso⁴³.

2. Elemento orgánico

El elemento orgánico es sin duda el más simple de comprensión. Se integra por los dos órganos llamados a la protección de los derechos humanos en el marco de la OEA: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana.

a. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada mediante el punto VIII del Acta Final de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, que se realizó en Santiago (Chile) del 12 al 18 de agosto de 1959, convocada por el Consejo de la OEA –hoy Consejo Permanente.

Cuando el Consejo de la OEA elaboró el programa para orientar el desarrollo de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, estableció dos puntos, a saber⁴⁴:

- I. Con el fin de mantener la paz en América, consideración de la situación de tensión internacional en la región del Caribe en sus aspectos generales y múltiples, a la luz de los principios y normas que rigen el sistema interamericano, y

⁴³ Como por ejemplo el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley o los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, entre otros.

⁴⁴ V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Acta Final, OEA/Ser.C/II.5, p. 3.

de los medios para asegurar la observancia por los Estados de los principios de no intervención y no agresión.

II. Ejercicio efectivo de la democracia representativa y respeto de los derechos humanos incluyendo:

- a) Estudio doctrinario, teniendo en cuenta el mantenimiento estricto del principio de no intervención, de la posible relación jurídica entre el respeto efectivo de los derechos humanos y el ejercicio de la democracia representativa y la facultad de poner en marcha los mecanismos previstos por el derecho internacional positivo americano.
- b) Procedimiento que permita apreciar el cumplimiento de dos principios fundamentales del derecho internacional americano: ejercicio efectivo de la democracia representativa y respeto de los derechos humanos; y medidas que deben tomarse en los casos de incumplimiento de esos principios.

Del Acta Final de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, el punto VIII—como se citó anteriormente—da vida a la Comisión Interamericana. La lectura del texto de tal punto es importante para comprender los orígenes históricos, que son determinantes para entender que la visión imperante al momento de su creación, más allá de lo geopolíticamente estratégico, descansaba esencialmente en la defensa de los derechos humanos desde una visión holística, comprensiva de los derechos económicos, sociales y culturales, conjuntamente con los civiles y políticos. Así, textualmente se puede leer lo siguiente⁴⁵:

La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores,

CONSIDERANDO:

Que en el preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos se expresa: “Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 10-11.

del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”;

Que la promoción de esos derechos constituye uno de los fines esenciales de la solidaridad de los Estados Americanos, señalados en el preámbulo del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y uno de los medios para el logro de la solidaridad, tal como lo preceptúa el Artículo 5, inciso j) de la misma Carta y la Resolución XXXII de la Novena Conferencia Internacional Americana;

Que en diversos instrumentos de la Organización de los Estados Americanos se ha consagrado y repetido la norma de que la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de la persona humana;

Que, como corolario esencial de esta norma, se ha considerado indispensable que tales derechos sean protegidos por un régimen jurídico, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión; y

Que ha sido constante la demanda de los Estados Americanos en el seno de las Naciones Unidas, en favor de la urgente aprobación de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que den aplicación mundial a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,

DECLARA:

Que once años después de proclamada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y habiéndose avanzado paralelamente en el seno de la Organización de las Naciones Unidas y de la unión conocida como el Consejo de Europa en la reglamentación y ordenación de esta materia hasta el nivel satisfactorio y halagador en que hoy se encuentra, se halla preparado el ambiente en el Hemisferio para que se celebre una Convención y, por consiguiente,

RESUELVE:

1. Que el Consejo Interamericano de Jurisconsultos proceda a elaborar, en su Cuarta Reunión, un proyecto

de Convención sobre derechos humanos, pasando el encargo, si no lo hiciere, al Consejo de la Organización de los Estados Americanos, que comisionará para ese efecto al Comité Jurídico Interamericano o a la entidad que estime conveniente; y que asimismo proceda a elaborar el proyecto o proyectos de convención sobre la creación de una Corte Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos.

2. Que dichos proyectos sean sometidos a la Undécima Conferencia Interamericana y remitidos a los gobiernos 60 días antes de la instalación de dicha Conferencia.

II

Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste le señale.

No es posible tomar el punto recién transscrito y pasarlo a la ligera, como si se tratara de un acontecimiento desprovisto de contexto, del cual simplemente se extrajera como información relevante la creación de la Comisión Interamericana, sin advertir la importante cantidad de información que se encuentra implícita en su creación, y que atañe esencialmente a las posibilidades de justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano.

Del punto transscrito deben advertirse los siguientes elementos: la naturaleza del órgano creador de la Comisión Interamericana, el contexto político hemisférico en el que se encuadra el contenido de los derechos humanos en la conciencia de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, la necesidad de elevar el rango de la naturaleza jurídica del instrumento principal de su reconocimiento internacional, la determinación por mantener una estrecha interrelación con el sistema universal sin perder la referencia brindada por el sistema regional europeo

en el marco del Consejo de Europa, la urgencia por lograr un avance visible en materia de derechos humanos, y finalmente el rol estratégico de los derechos humanos en la estabilidad política de los Estados de las Américas.

Con relación a la *naturaleza del órgano creador de la Comisión Interamericana*, hay que tener presente que conforme a las regulaciones de la Carta de la OEA existente para 1959, en particular el entonces artículo 39 –coincidente con el actual artículo 61– disponía que la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores tuviera por objeto la consideración de problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados Americanos, de manera que su convocatoria se sujetaba a la existencia de uno de esos problemas. La V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores fue convocada mediante una Resolución del Consejo de la OEA pronunciada el 13 de julio de 1959, en un año en el que, particularmente en el Caribe, luego del proceso revolucionario cubano el 1 de enero de ese año, tensionó grandemente el contexto político entre Cuba –ahora castrista– y República Dominicana –bajo los dominios de la dictadura de Rafael Trujillo– lo que provocó una importante alarma continental. La dictadura de Trujillo llevaba ya varios años de haberse instalado, sin que eso se hubiera llegado a considerar especialmente como algo nocivo.

Muy bien queda demostrado lo anterior en el texto de la Resolución XXXII de la IX Conferencia Internacional Americana, denominada “Preservación y Defensa de la Democracia en América”, que se cita en la Resolución VIII de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, y que dice así⁴⁶:

Las Repúblicas representadas en la IX Conferencia Internacional Americana,

46 IX Conferencia Internacional Americana, Resolución XXXII, en: *Conferencias Internacionales Americanas, Segundo Suplemento, 1945-1954*, Unión Panamericana, Washington DC, 1956, pp. 210-211.

CONSIDERANDO:

Que para salvaguardar la paz y mantener el mutuo respeto entre los Estados, la situación actual del mundo exige que se tomen medidas urgentes que proscriban las tácticas de hegemonía totalitaria, inconciliables con la tradición de los países de América, y que eviten que agentes al servicio del comunismo internacional o de cualquier totalitarismo pretendan desvirtuar la auténtica y libre voluntad de los pueblos de este Continente,

DECLARAN:

Que por su naturaleza antidemocrática y por su tendencia intervencionista, la acción política del comunismo internacional o de cualquier totalitarismo es incompatible con la concepción de libertad americana, la cual descansa en dos postulados incontestables: la dignidad del hombre como persona y la soberanía de la nación como Estado.

REITERAN,

La fe que los pueblos del Nuevo Mundo han depositado en el ideal y en la realidad de la democracia, al amparo de cuyo régimen ha de alcanzarse la justicia social ofreciendo a todos oportunidades cada día más amplias para gozar de los bienes espirituales y materiales que constituyen la garantía de la civilización y del patrimonio de la humanidad.

CONDENAN,

En el nombre del Derecho de Gentes, la ingerencia [sic] en la vida pública de las naciones del continente americano de cualquier potencia extranjera o de cualquier organización política que sirva intereses a una potencia extranjera; y

RESUELVEN:

1. Reafirmar su decisión de mantener y estimular una efectiva política social y económica, destinada a elevar el nivel de vida de sus pueblos, así como su convicción de que sólo en un régimen fundado en la garantía de las libertades y derechos esenciales de la persona humana, es posible alcanzar ese propósito.

2. Condenar los métodos de todo sistema que tienda a suprimir los derechos y libertades políticos y civiles, especialmente la acción del comunismo internacional o de cualquier otro totalitarismo.

Esto pone de manifiesto que en la conciencia de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, al recordar esta Resolución XXXII de la IX Conferencia Internacional Americana, hay un propósito manifiesto de luchar en contra del comunismo internacional –como de cualquier otro totalitarismo– para lo cual la vía de los derechos humanos es esencial, como muy claramente se desprende de este último documento, en conjunción con la idea de democracia. De una forma u otra, el gran mensaje contenido en todo esto es que un Estado en el que sean garantizados los derechos esenciales del hombre y la democracia combatirá el comunismo internacional o cualquier forma de totalitarismo, o más bien, que un Estado tomará distancia del comunismo internacional en la medida en que reafirme la democracia y los derechos humanos.

En ese sentido conviene por tanto pensar cuál es el *contenido de los derechos humanos* a los que invoca la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. Al volver la atención hacia el punto VIII del Acta Final de ésta, claramente se observa la invocación a la Declaración Americana, que constituye la Resolución XXX de la IX Conferencia Internacional Americana. Y una de las características más valiosas e importantes de la Declaración Americana es el reconocimiento contemporáneo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. En ese sentido, puede concluirse que la Comisión Interamericana fue creada en el entendimiento de que tales derechos, que formarían parte de su competencia y mandato, resguardaban de una manera holística la dignidad de los seres humanos. Si un contenido no se puede negar que estaba presente en el momento de la creación de la Comisión Interamericana, era el de los derechos económicos, sociales y culturales. Y esa visión holística de las necesidades de protección de la dignidad humana no se desprendía sólo de una reflexión antropológica y filosófica, sino también de la necesidad estratégica de generar condiciones sociales y económicas que no dieran lugar al desarrollo de brotes políticos que posibilitaran el posicionamiento del comunismo internacional dentro de los Estados de las Américas.

Ante esa conciencia, los acontecimientos de 1959 exigían entonces una respuesta diplomática más contundente, que se traducía en la *necesidad de elevar el rango de la naturaleza jurídica del instrumento principal de reconocimiento de los derechos humanos* en el hemisferio. Hasta ese momento los derechos humanos reconocidos constaban –en lo estrictamente hemisférico– en la Declaración Americana, respecto de lo cual no existía una conciencia suficiente como para reconocerle un valor jurídico vinculante; la Declaración Americana era tratada como cualquier otra, un documento de intencionalidad política para cuya observancia se debían dirigir los mejores esfuerzos, pero que carecía de obligatoriedad. Así, entonces, al momento de crear la Comisión Interamericana correspondía contemporáneamente la necesidad de contar con un instrumento jurídicamente vinculante en el plano internacional donde se asentara el reconocimiento de tales derechos, pasando así de la Declaración Americana hacia un eventual tratado interamericano sobre la temática. Esto implica que tal tratado –que posteriormente sería la Convención Americana– en sus antecedentes se configuraba, conforme a lo dicho en el párrafo que precede, como un instrumento de protección holística a la dignidad de la persona humana, y por tanto, de reconocimiento pleno de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

En ese tránsito hacia un futuro tratado regional en materia de derechos humanos subyacía la *determinación por mantener una estrecha interrelación con el sistema universal*, sin perder la referencia brindada por el sistema regional europeo –a partir de la experiencia del Consejo de Europa– donde ya existía en vigencia un tratado en materia de derechos humanos.

El contexto referencial del Consejo de Europa es muy interesante porque esta entidad internacional es análoga a la OEA, aunque sin contar con las posibilidades para el ejercicio de una defensa colectiva –que esta desarrolla a partir del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca– y que tenía esencialmente un propósito inicial de reconstrucción europea luego de la Segunda Guerra Mundial, en el cual la temática de los derechos humanos era sustantiva en el nuevo paradigma de sociedad y Estado, y no

simplemente adjetiva o lírica, de tal suerte que el Consejo de Europa nació de una vez con un tratado de derechos humanos, evidenciando así que el compromiso por su observancia era vinculante⁴⁷. Se trata de la denominada Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adoptada por los Estados miembros del Consejo de Europa en la temprana fecha del 4 de noviembre de 1950. El tratado europeo, justo al nacer, contaba con un mecanismo de supervisión internacional integrado orgánicamente por dos entidades: la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. La primera con un mandato similar al de un ministerio público doméstico –encargado de hacer investigaciones sobre denuncias particulares, y con el monopolio de ejercicio de la acción procesal– y la segunda actuando como un auténtico tribunal de derecho –ante cuya jurisdicción y competencia la Comisión Europea de Derechos Humanos ejercía el derecho de acción en tutela de los derechos humanos de las víctimas que identificaba conclusivamente al cierre de sus investigaciones– lo que serviría como modelo a seguir en la formulación del tratado análogo interamericano. La influencia normativa de la Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms en el ámbito interamericano se limitó primordialmente a lo institucional, porque en lo sustantivo tal instrumento es principalmente de derechos civiles y políticos.

En el contexto de Naciones Unidas, y por ocasión de los debates que motivó la guerra fría en el dominio de los derechos humanos, se avanzó lentamente. Justamente la Declaración Americana antecedió –y sirvió como material de apoyo– para el proceso de redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuya aprobación se oficializó el 10 de diciembre de

47 En todo caso a ella sirvió como antecedente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero, de cualquier manera, no era un instrumento regional europeo. Puede decirse, entonces, que el Consejo de Europa vio inmediatamente a la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos la necesidad de fortalecer el régimen de reconocimiento de los derechos humanos, mediante la creación de un tratado regional. Aunque no nació con una declaración regional de derechos humanos, la Declaración Universal propició la reflexión por contar, sobre todo, con un instrumento jurídicamente obligatorio.

1948. En la misma resolución donde se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos se hizo un llamado al Consejo Económico y Social para que este requiriera a la –ahora extinta– Comisión de Derechos Humanos, que continuara dando prioridad en su trabajo para elaborar un borrador de convención de derechos humanos⁴⁸. En el ámbito de Naciones Unidas no se planteó en ese momento la escisión entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por el otro.

No obstante, la Comisión de Derechos Humanos, al cerrar su sexto período de sesiones, en 1950, y remitir su informe al Consejo Económico y Social, comenzó a plantear la escisión como parte de su metodología de trabajo para cumplir lo prescrito por la Asamblea General de elaborar un borrador de convención de derechos humanos. Así, el Consejo Económico y Social aprobó la decisión de la Comisión de Derechos Humanos de trabajar inicialmente con ciertos derechos civiles y políticos, y dejar para su séptimo período de sesiones, los aspectos atinentes a los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁹. Y, de una forma u otra, paralizó el proceso de creación de un eventual tratado en materia de derechos humanos hasta que la Asamblea General decidiera qué hacer en lo que respecta a la escisión de los derechos⁵⁰. La Asamblea General rechazó de manera

48 United Nations General Assembly, Resolution 217 (III) E, 10 December 1948.

49 United Nations Economic and Social Council, Resolution 303 (XI) C, 9 December 1950.

50 United Nations Economic and Social Council, Resolution 303 (XI) I, 9 December 1950. En su texto se lee:

The Economic and Social Council: [...] Having given consideration to the questions of: [...] (c) the desirability of including economic, social and cultural rights [...] Transmits de draft Covenant on Human Rights together with relevant documentation and records of the discussion in the Council, to the General Assembly at its fifth session for consideration with a view to reaching policy decisions on the points mentioned in the [...] paragraph above; Request the Commission on Human Rights to consider the draft Covenant further, bearing in mind the policy decisions of the General Assembly and the views expressed in the Council at its eleventh session, and to

categórica, inicialmente, cualquier modalidad que condujera a la escisión de los derechos previstos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de cara a su ulterior reconocimiento por la vía de una convención⁵¹. Su deseo de tal reconocimiento y

submit a revised draft Covenant to the Council at its thirteenth session; and Request the Secretary General to transmit this resolution, together with the records of the debate at the eleventh session of the Council, to Member States with a view to obtaining their observations after the fifth session of the General Assembly for transmission to the Commission on Human Rights.

- 51 United Nations General Assembly, Resolution 421 (V) initial words and § E, 4 December 1950. Tal resolución –articulada en 8 secciones identificadas de la A hasta la H– permite leer lo siguiente:

The General Assembly [...] Having considered the draft Covenant prepared by the Commission on Human Rights, particularly with reference to certain basic policies [...] Whereas the Covenant should be drawn up in the spirit and based on the principles of the Universal Declaration of Human Rights; Whereas the Universal Declaration regards man as a person, to whom civic and political freedoms as well as economic, social and cultural rights indubitably belong; Whereas the enjoyment of civic and political freedoms and of economic, social and cultural rights are interconnected and interdependent; Whereas, when deprived of economic, social and cultural rights, man does not represent the human person whom the Universal Declaration regards as the ideal of the free men, 7(a) Decides to include in the Covenant on Human Rights economic, social and cultural rights and an explicit recognition of equality of men and women in related rights, as set forth in the Charter of the United Nations; (b) Calls upon the Economic and Social Council to request the Commission on Human Rights, in accordance with the spirit of the Universal Declaration, to include in the draft Covenant a clear expression of economic, social and cultural rights in a manner which relates them to the civic and political freedoms proclaimed by the draft Covenant; (c) Calls upon the Economic and Social Council to request the Commission on Human Rights to take such steps as are necessary to obtain the co-operation of other organs of the United Nations and of the specialized agencies in the consideration of such rights; (d) Request the Economic and Social Council to consider, as its twelfth session, the methods by which the specialized agencies might co-operate with the Commission on Human Rights with regard to economic, social and cultural rights.

vigencia efectiva se proyectó incluso con la solicitud para que se incluyera en el borrador de convención de derechos humanos que requería, o en un protocolo adicional, mecanismos de protección internacional que se activaran con denuncias individuales de violación tanto de los derechos civiles y políticos, como de los económicos, sociales y culturales⁵².

Sin embargo, la firmeza de la Asamblea General de Naciones Unidas se quebró muy rápidamente. El Consejo Económico y Social, mediante su Resolución 384 (XIII) requirió a la Asamblea General que reconsiderara su posición de contar en una sola convención con derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, esto porque se estimaba que para cada tipo de derechos existían métodos para su implementación que eran diferentes, lo que recomendaba, a su juicio, la adopción de dos convenciones diferentes⁵³. De esta forma la Resolución 543 (VI)

-
- 52 United Nations General Assembly, Resolution 421 (V) F, 4 December 1950. Textualmente requirió: “Calls upon the Economic and Social Council to request the Commission on Human Rights to proceed with the consideration of provisions, to be inserted in the draft Covenant or in separate protocols, for the receipt and examination of petitions from individuals and organizations with respect to alleged violations of the Covenant; and to take into consideration in its studies of questions relating to petitions and implementation the proposals presented by Chile (A/C.3/L.81), Ethiopia and France (A/C.3/L.78), Israel (A/C.3/L.91/Rev.1) and Uruguay (A/C.3/L.93)”. En lo que atañe a los mecanismos de denuncias individuales para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, ha sido hasta el pasado 10 de diciembre de 2008, luego de 58 años de emitida la resolución en referencia, que la Asamblea General aprobó el Protocolo Facultativo que da paso a esa posibilidad.
- 53 United Nations Economic and Social Council, Resolution 384 (XIII) C, 29 August 1951. Se lee en ella lo siguiente:

*The Economic and Social Council [...] Having noted General Assembly resolution 421 (V) calling upon the Council to request the Commission on Human Rights to include in the draft Covenant on Human Rights a clear expression of economic, social and cultural rights in a manner which relates them to the civil and political freedoms proclaimed by the previous draft of the Covenant; Noting that the revised draft Covenant, prepared by the Commission on Human Rights at its seventh session in response to this request, contains provisions relating, *inter alia*, to such rights; Considering that these provisions provide for two different methods of implementation, without*

de la Asamblea General terminó aceptando la escisión de los derechos en tratados diferentes⁵⁴.

Como explican Eide y Rosas, esto se debió a un triunfo de los Estados occidentales en la Asamblea General⁵⁵, lo que demuestra cómo la guerra fría, en tanto expresión de la polaridad entre los modelos de economía de mercado de tales Estados y los de economía de planificación centralizada de los Estados colocados al oriente de la cortina de hierro⁵⁶, se filtró en el foro diplomático de Naciones Unidas decantándose, entre otros ámbitos, en el

indicating which method or methods are to apply: (a) To political and civic rights, (b) To economic, social and cultural rights; *Conscious* of the difficulties which may flow from embodying in one covenant two different kinds of rights and obligations; *Aware* of the importance of formulating, in the spirit of the Charter, the Universal Declaration of Human Rights and General Assembly resolution 421 (V), economic, social and cultural rights in the manner most likely to assure their effective implementation; *Invites* the General Assembly to reconsider its decision in resolution 421 E (V) to include in one covenant articles on economic, social and cultural rights, together with articles on civic and political rights.

54 United Nations General Assembly, Resolution 543 (VI), 5 February 1952. En lo pertinente dice así:

Whereas the General Assembly, at the request of the Economic and Social Council in resolution 384 (XIII) of 29 August 1951, reconsidered this matter at its sixth session, *The General Assembly [...] Requests* the Economic and Social Council to ask the Commission on Human Rights to draft two Covenants on Human Rights, to be submitted simultaneously for the consideration of the General Assembly at its seventh session, one to contain civil and political rights and the other to contain economic, social and cultural rights, in order that the General Assembly may approve the two Covenants simultaneously and open them at the same time for the signature [...]

55 Eide, Asbjørn y Rosas, Allan, “Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge”, en: Eide, Krause & Rosas, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights – A Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 3.

56 La expresión “cortina de hierro” se atribuye al ex premier británico Winston Churchill, en su célebre discurso denominado *The Sinews of Peace*, que pronunció el 5 de marzo de 1946, en el Westminster College (Missouri, US).

de los derechos humanos. No obstante, como destaca Eide, subyacían a la decisión que adoptó la Asamblea General de escindir en dos convenciones los derechos humanos reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, muchas aseveraciones que no siempre tenían fundamentaciones adecuadas⁵⁷. De esta manera, la pretendida razón técnica que recomendaba la escisión⁵⁸, rápidamente queda descubierta en sus verdaderas intenciones polarizadoras en el marco de la guerra fría, cuando se le somete a un análisis jurídico⁵⁹. En el fondo las distinciones invocadas para escindir los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, escondían la pretensión de etiquetar ciertos derechos como afines y consustanciales a los distintos polos que existían al este y al oeste de la cortina de hierro.

En palabras de Cançado, sin embargo, los orígenes de este tratamiento distintivo que provoca la existencia de dos categorías de derechos se debe encontrar en un período anterior incluso al de la adopción de la Declaración Universal, concretamente en 1947, cuando la UNESCO realizó un estudio, sobre la base de un cuestionario, analizando los problemas teóricos que presentaba la idea de crear la Declaración Universal. En el documento que produjo durante el verano de 1947, denominado *Bases of an International Declaration of Human Rights*, se planteó dos interrogantes básicas, una de ellas derivada de las múltiples interpretaciones posibles en función de las variadas visiones filosóficas que han existido en cada época, y por otra parte, la temprana formación de los derechos civiles y políticos seguida por la formación de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, que da lugar a la interrogante sobre las modalidades de implementación de ambos tipos de derechos⁶⁰.

⁵⁷ Eide, Asbjørn, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en: Eide, Krause & Rosas, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights – A Textbook*, *supra* nota 57, p. 10.

⁵⁸ *Supra* nota 19.

⁵⁹ *Infra*.

⁶⁰ Cançado Trindade, Antônio A., “Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights”, en: *Recueil des Cours 1987-II*, Académie de Droit International, 1988, pp. 58-59.

El proceso legislativo en materia de derechos humanos en el ámbito de Naciones Unidas presentó una peculiaridad histórica al escindir los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales. De lo expuesto anteriormente puede verse que la Comisión de Derechos Humanos (Naciones Unidas) era partidaria de desarrollar sucesivamente los temas, mientras que la Asamblea General lo era de contar con un solo instrumento inclusivo de ambos tipos de derechos. Así las cosas, la alternativa de crear paralelamente dos tratados, resultó ser, en palabras de Cançado, una fórmula de transacción⁶¹.

El recientemente fallecido sacerdote jesuita y ex congresista por Massachusetts, Robert F. Drinan no dudó en apuntar que una de las modalidades con la que se frustraron los propósitos fundamentales de Naciones Unidas, fue la escisión de los derechos civiles y políticos por un lado, y los económicos, sociales y culturales, por el otro⁶². En el momento de buscar su implementación, tanto los Estados Unidos como la URSS se dividieron provocando la escisión⁶³. Ni la URSS se quiso comprometer a garantizar la libertad de expresión o el derecho a exigir elecciones, mientras que los Estados Unidos fueron renuentes a garantizar los derechos económicos, sociales y culturales porque –argumentativamente– se oponían a los principios del capitalismo⁶⁴.

61 *Ibidem*, p. 58, nota 151.

62 Robert F. Drinan, *The Mobilization of Shame: A World View of Human Rights*, Yale University Press, Connecticut, 2001, p. 6.

63 *Ibidem*.

64 *Ibidem*. Sus palabras son insuperables al decir:

If this split had not occurred, the enforcement of human rights might well have developed in essentially different ways. The U.S.S.R and the Communist bloc would have been under the pressure of international law to allow elections, grant freedom to the press, and release captive nations from their colonial status. Americans and other capitalistic nations would have been under pressure to give health insurance and economic equality to millions of workers.

That was a part of the original dream of the U.N charter and the Universal Declaration of Human Rights. It was made inoperative in part by the division between east and west and by the obduracy of the divided nations.

En todo caso, y no obstante este lamentable acontecimiento histórico –que es el origen último en el que descansan las posturas que al día de hoy niegan la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano– lo cierto es que el sistema universal se estaba moviendo hacia trascender jurídicamente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y alcanzar fuentes jurídicas convencionales de innegable vinculatoriedad. Al final de cuentas, en una o dos convenciones, lo cierto es que en el fondo los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, estaban prontos a ser llevados a la categoría de contenidos de tratados internacionales. Y ese espíritu estaba presente en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en el momento de dar nacimiento a la Comisión Interamericana.

Contemporáneamente, se hacía presente la urgencia por lograr un avance visible en materia de derechos humanos, de manera tal que esta temática no quedara reducida a una simple literalidad. Los acontecimientos políticos de la época requerían una actualización urgente de los contenidos de derechos humanos. Es por tal razón que se observa que la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores parece estar inmersa en una urgencia, destacando que han pasado 11 años desde la aprobación de la Declaración Americana y en el ámbito de la OEA no había sucedido nada más, mientras que en los sistemas universal y regional europeos, estaban desarrollándose importantes dinámicas que podrían evidenciar o ser interpretadas como una pérdida de interés político por los temas de derechos humanos por parte de los Estados de la OEA. Es así como la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores determinó que el Consejo Interamericano de Jurisconsultos elaborara en su IV Reunión –que dio comienzo el 25 de agosto de 1959, apenas una semana después de la clausura de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores– un proyecto de convención sobre derechos humanos⁶⁵, enfatizando, con un contenido poco

65 Conforme al artículo 67 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos –en su versión sin enmiendas– el Consejo Interamericano de Jurisconsultos era el cuerpo consultivo jurídico de la Organización de los Estados Americanos, además de tener funciones de desarrollador

usual en el lenguaje diplomático, pero muy representativo de la urgencia apremiante que implicaba el contexto histórico, que si éste no cumplía tal mandato se pasaría –de pleno derecho o por avocación– al Consejo de la OEA para que comisionara al Comité Jurídico Interamericano o a la entidad que estimara conveniente a desarrollarlo⁶⁶. La prisa era tal que en el ideario de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores el proyecto de convención regional sobre derechos humanos debía formar parte del objeto de la XI Conferencia Interamericana, para lo cual se debía remitir a los diferentes Estados con 60 días de antelación a la instalación de esta⁶⁷.

Esta urgencia por hacer visible un avance en los derechos humanos dentro del seno de la OEA no se limitaba al llamado veemente por lograr una convención regional de derechos humanos, sino también a contar con mecanismos de protección y tutela de los derechos humanos que, como se indicó, eran conceptualizados como civiles, políticos, económicos, sociales y culturales⁶⁸, destacando que el resguardo internacional debía hacerse –aunque cabía la posibilidad que no se limitara exclusivamente– a partir de la erección de un tribunal internacional especializado en la materia. Consecuentemente, el apremio por hacer algo en lo que a derechos humanos se refería, se manifestaba por partida

y codificador del derecho internacional americano; se integraba por un representante de cada Estado miembro.

- 66 Conforme al artículo 68 de la Carta de la OEA –en su versión sin enmiendas– el Comité Jurídico Interamericano era la comisión permanente del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, y se integraba por nueve juristas.
- 67 La aprobación por la IX Conferencia Internacional Americana de la Carta de la OEA, cambió, en su versión original, la denominación del órgano plenario, pasando de la Conferencia Internacional Americana –como se denominaba antes de la existencia de la Carta de la OEA– por el de Conferencia Interamericana, que se reuniría cada cinco años, manteniendo la numeración consecutiva de las que se habían realizado, de manera que si en 1948 se realizó la IX Conferencia Internacional Americana, en 1954 se llevó a cabo la X Conferencia Interamericana, y la XI Conferencia Interamericana se tendría que realizar idealmente en 1960.
- 68 *Supra.*

doble: elevar la naturaleza jurídica internacional de su reconocimiento a una fuente convencional, y resguardar su observancia mediante el ejercicio, al menos, de una jurisdicción internacional, como ya sucedía en el sistema regional europeo⁶⁹.

Finalmente, todo esto se explica por el *rol estratégico de los derechos humanos en la estabilidad política* de los Estados de las Américas, lo cual era un convencimiento en el marco de la OEA que venía consolidándose por varios años. Y el rol de los derechos humanos –conceptualizados holísticamente, como fue el reconocimiento que de ellos hizo la Declaración Americana– era vital en el marco de la lucha en contra del comunismo internacional. Esto quedó muy bien evidenciado durante la IV Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que fuera convocada para tratar, precisamente, la temática de la agresión internacional comunista y las estrategias para prevenirla efectivamente. De esta manera, es principalmente llamativa, entre otras, la Resolución IX, denominada “Mejoramiento del Nivel Social, Económico y Cultural de los Pueblos de América” de la que vale la pena hacer la siguiente cita parcial⁷⁰:

La Cuarta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores,

CONSIDERANDO:

[...]

Que es derecho del hombre la satisfacción de sus necesidades económicas, sociales y culturales indispensable a su dignidad y al libre desarrollo de su persona; y

Que el no satisfacer este derecho produce un malestar que puede llevar equivocadamente al hombre a acoger doctrinas incompatibles con sus propios intereses y con los derechos de los demás, con la seguridad de todos, con el bienestar general y con los ideales democráticos,

69 *Supra*.

70 IV Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Acta Final, Serie sobre Conferencias y Organismos, N° 13, pp. 15-16.

RESUELVE:

1. Recomendar a las Repúblicas Americanas que, para el robustecimiento de su seguridad interna, atiendan con el empeño debido la magna empresa de elevar el nivel social, económico y cultural de sus propios habitantes, cuidando que en el mayor grado posible satisfagan los derechos consagrados a ese respecto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

Es en la concurrencia de estos elementos que se da el nacimiento de la Comisión Interamericana. Todo ello demuestra que en la consolidación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por ejemplo, en lo que atañe a su elemento normativo, la evolución de instrumentos declarativos hacia instrumentos convencionales, y respecto a su elemento orgánico, a partir de la creación de la Comisión Interamericana, había una conciencia que, independientemente de su instrumentalización política en el marco de la lucha en contra el comunismo internacional, partía de una visión de derechos humanos que, siendo holística, tenía que hacer un necesario e ineludible reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. El primer órgano de protección internacional en el ámbito del Sistema Interamericano contenía en su certificado de nacimiento la necesidad de orientar su trabajo tanto hacia los derechos civiles y políticos como hacia los derechos económicos, sociales y culturales.

b. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana, si bien surge con posterioridad a la Comisión Interamericana por casi 20 años, sus antecedentes también pueden encontrarse en momentos históricos similares a los que dan nacimiento a esta última. Precisamente sobre la existencia de una corte regional interamericana con competencia en las temáticas de derechos humanos se habla incluso, con anterioridad a la existencia misma de la Comisión Interamericana.

Justamente en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana, y después de la aprobación de la Carta Internacional

Americana de Garantías Sociales y de la Declaración Americana, se aprobó la Resolución XXXI denominada “Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre” mediante la cual se recomendó al Comité Jurídico Interamericano para que elaborara un proyecto de estatuto para la creación y funcionamiento de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre, para que sea sometido a la X Conferencia Interamericana y estude si es oportuna su creación⁷¹. La idea de creación de la Corte Interamericana, por tanto, está precediendo en 11 años a la creación de la Comisión Interamericana.

Y así, al llegar a la X Conferencia Interamericana se conoció la temática pero se resolvió que el Consejo de la OEA continuara haciendo estudios sobre la protección internacional, y se trasladó la decisión sobre su eventual existencia para la XI Conferencia Interamericana. Los acontecimientos de enero de 1959 en Cuba y la especial preocupación que generó en el hemisferio, llevaron a que –como se indicó anteriormente– la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores urgiera la inmediata creación de un tratado regional-americano en materia de derechos humanos, donde igualmente se estudiaron las posibilidades de que se avanzara hacia la protección jurisdiccional de tales derechos⁷². Entre la X Conferencia Interamericana y la XI Conferencia Interamericana se realizó la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores para atender la situación ya referida, y eso provocó una alteración en las prioridades de la OEA, de manera que la XI Conferencia Interamericana tuvo que dedicarse primordialmente a otras temáticas y dejar los temas de derechos humanos que le correspondían para la II Conferencia Interamericana Extraordinaria, realizada en 1965. En ésta sí se conoció lo que dentro de la OEA se había logrado avanzar en la temática de derechos humanos y su protección internacional en la dimensión regional americana, y fue precisamente la II Conferencia Interamericana Extraordinaria la que mediante

71 Sobre el cambio de nombre de la Conferencia Internacional Americana por Conferencia Interamericana y la preservación de su numeración consecutiva, ver *supra* nota 69.

72 *Infra* nota 46.

su Resolución XXIV requirió al Consejo de la OEA, para que finalmente se adoptara un documento final que pudiera servir como documento de trabajo para una futura Conferencia Especializada Interamericana que decidiera sobre la adopción de una convención de derechos humanos, requiriendo en esa misma resolución la participación de la Comisión Interamericana, que para entonces tenía 5 años de funcionar y había acumulado una importante experiencia sobre la situación de los derechos humanos en las Américas⁷³.

En realidad, la creación de la Corte Interamericana no enfrentó graves obstáculos. La propuesta original elaborada por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos sufrió algunos cambios por la Comisión Interamericana, pero que no rechazaban la idea de contar con una Corte Interamericana. El documento elaborado por la Comisión Interamericana –empleado como documento de trabajo de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos– fue objeto de observaciones y comentarios por escrito, provenientes de diferentes Estados, previo a la realización de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Así, Uruguay destacó de manera lacónica pero contundente que⁷⁴: “En lo que respecta a la segunda parte del Anteproyecto (órganos para la protección de los derechos humanos) ha de considerarse que sus disposiciones consagran una vieja aspiración de Uruguay y que los textos redactados por la Comisión son apropiados”.

República Dominicana presentó observaciones escritas que facilitaban la lectura de los textos relacionados con la Corte, pero sin hacer cambios radicales en los mismos⁷⁵. Estados Unidos igualmente aportó consideraciones importantes que no sugerían modificaciones radicales en el diseño de la Corte

⁷³ Ver *supra*.

⁷⁴ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Actas y documentos*, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 37.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 79-86.

y su competencia⁷⁶. México planteó una oposición frontal a la existencia de la Corte Interamericana en los siguientes términos⁷⁷:

Antes de entrar a formular observaciones a los artículos individuales que componen el Proyecto, debe hacerse una de carácter general que afecta a toda una serie de disposiciones distribuida en diversos capítulos del documento: En efecto, con base en lo indicado en el numeral anterior (invocó textualmente lo siguiente: “el Gobierno de México desea que al elevar dicha tutela al plano internacional, no se vulneren ni su soberanía nacional, ni los principios de la no intervención y autodeterminación”), el Gobierno de México considera prematuro el establecimiento de la Corte Internacional a que alude el Proyecto y estima más realista y promisorio el que con la experiencia y prestigio que siga ganando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se llega a formar una conciencia en los países de América acerca de la posibilidad y conveniencia de sujetar sus actos en la materia a un tribunal internacional.

En tal virtud, el Gobierno de México no puede dar su opinión favorable a la parte del Proyecto que se refiere a la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana, que se consignan en los capítulos V, VI, VII, VIII y IX del texto en cuestión.

La posición originaria de Ecuador parece que fue muy coincidente con la recién expresada de México, aunque no ofreció su rechazo explícito y directo a la existencia de la Corte Interamericana, sí invoca la soberanía nacional y los principios de no intervención y autodeterminación de los pueblos, así como la prevalencia de su ordenamiento constitucional⁷⁸. Guatemala comunicó sus observaciones y sugerencias sin que ofreciera puntos radicales que afectaran la competencia de la Corte Interamericana⁷⁹. Brasil únicamente planteó observaciones escritas con el propósito de garantizar que la sede de la futura Corte Interamericana con la de

⁷⁶ *Ibidem*, p. 96.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 100.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 104.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 117-120.

la Comisión Interamericana fuera la misma, al establecimiento de normas sobre incompatibilidades, y una disposición que condiciona la instalación de la Corte a la ratificación de la eventual convención de derechos humanos por las dos terceras partes de los miembros de la OEA⁸⁰.

Ni Chile ni Argentina hicieron observaciones sobre la Corte Interamericana en los documentos donde externaron sus valoraciones sobre el Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos, adoptado como documento de trabajo.

Durante el desarrollo de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos hubo un ambiente muy favorable a la existencia de la Corte Interamericana. Es más, la principal objeción a su existencia se presentó por México quien, aisladamente, consideró que todavía no era oportuno la creación de la Corte Interamericana.

Hay que tener presente que la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, para efectos de su realización, se integró en dos comisiones de trabajo, a saber: Comisión I, cuyo mandato era la discusión de la “Materia de la Protección”, y la Comisión II, que se abocaría a la discusión de “Órganos de la Protección y Disposiciones Generales”. Con fecha 17 de noviembre de 1969, en el marco de la quinta sesión de trabajo de la Comisión II, se presentó el siguiente intercambio⁸¹:

80 *Ibidem*, pp. 126-128.

81 *Ibidem*, p. 356. Aparece un pie de página luego de la mención a Nicaragua que dice textualmente así: “La Delegación de Paraguay comunicó a la Secretaría posteriormente que, no habiendo podido asistir a la sesión por encontrarse trabajando en la Comisión I, solicitaba que fuera incluida entre las de los países que apoyaban la creación de la Corte por ser esa una vieja aspiración del Paraguay. Asimismo, en el Grupo de Trabajo, la Delegación de México anunció que cambiaba su punto de vista, y apoyaba la creación de la Corte”.

El PRESIDENTE (Sr. García Bauer) propuso que la Comisión decidiera si se deseaba crear la Corte.

Las siguientes Delegaciones en el orden que se indica expresaron su conformidad de que se creara la Corte: Costa Rica, Colombia, Ecuador, Guatemala, El Salvador, Estados Unidos de América, Honduras, Chile, Venezuela, Uruguay y Nicaragua. En contra de la creación de la Corte manifestó su punto de vista el DELEGADO DE MÉXICO (Sr. Icaza) expresando que consideraba prematuro el establecimiento de la Corte y que estimaba más práctico y promisorio que, con la experiencia y prestigio que adquiera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se llegue a formar una conciencia en los Estados Americanos acerca de la posibilidad y conveniencia de sujetar sus actos en este campo a un tribunal internacional.

El PRESIDENTE (Sr. García Bauer) anunció que, por lo tanto, era decisión de la Comisión la creación de la Corte y en consecuencia el Grupo de Trabajo comenzaría a estudiar el tema en su sesión de la tarde.

Hubo muy pocos puntos de debate. Por lo que puede leerse y entenderse de las actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; el día 19 de noviembre de 1969 se conoció el resultado del Grupo de Trabajo al que la Comisión II encargó el estudio de los artículos relacionados con la Corte Interamericana. El debate da cuenta de las discusiones en torno a la sede de la Corte Interamericana, el nombramiento de su Secretario, la utilización de medidas provisionales, la motivación de las sentencias y el mecanismo de aprobación de su presupuesto⁸². En la discusión plenaria no hubo especiales incidentes que merezcan destacarse⁸³.

La Convención Americana entró en vigencia el 18 de julio de 1978, y la Corte Interamericana se instaló finalmente el 3 de septiembre de 1979 en San José, Costa Rica.

82 *Ibidem*, pp. 358-364.

83 *Ibidem*, pp. 453-462.

3. Elemento político-subjetivo

Finalmente este elemento es, sin lugar a dudas, el que ofrece un nivel mayor de dinamismo especialmente por su compleja integración. Pretender dar un listado taxativo de sus componentes integradores es una labor de nunca acabar porque llevaría a la consideración más íntima de la individualidad de cada uno de los casos que está por ingresar, que ha ingresado o que ha egresado del sistema interamericano. Esto hace imposible la enumeración de todos sus elementos. No obstante sí es posible identificar algunos actores determinados y otras categorías de actores para que ejemplificativamente se tenga una idea de lo que se está señalando en este punto.

El elemento político-subjetivo viene así a integrarse por sujetos –en el sentido sociológico del término, y no en el sentido jurídico del término– que contribuyen en la determinación de los alcances del sistema interamericano, por ocasión de los roles llamados a jugar en virtud de las atribuciones que les son conferidas mediante la Carta de la OEA o por su mandato o vocación propia.

Entre los primeros es imposible negar a la Asamblea General de la OEA que entre sus atribuciones encuentra la de elegir a los miembros de la Comisión Interamericana⁸⁴, aprobar el Programa-Presupuesto de la OEA lo que incluye obviamente los de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana⁸⁵, y conocer los informes anuales de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana⁸⁶, y es la Asamblea General de la OEA la que impone las sanciones a los miembros

⁸⁴ Art. 36, inciso 1 de la Convención Americana y Art. 3, inciso 1 del Estatuto de la Comisión Interamericana.

⁸⁵ Art. 54, inciso e de la Carta de la OEA y Art. 72 de la Convención Americana. Hay que indicar que en el Programa-Presupuesto se establecen, además, los gastos de viaje y emolumentos que podrán recibir los miembros de la Comisión Interamericana y los jueces de la Corte Interamericana, así como el personal de sus correspondientes secretarías.

⁸⁶ Art. 41, inciso g, Art. 65 Convención Americana y Art. 18, inciso f del Estatuto de la Comisión Interamericana.

de la Comisión Interamericana y a los jueces de la Corte Interamericana⁸⁷, sin perjuicio de ser el órgano que aprueba los correspondientes Estatutos de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana⁸⁸. Adicionalmente, aunque la función puede ser delegada, *e.g.*, a una Conferencia Especializada Interamericana, la Asamblea General es también el órgano creador de las normas convencionales que integran el elemento normativo del sistema interamericano, y puede, al mismo tiempo, emitir resoluciones que tengan efectos normativos o que puedan operar como mecanismos de constatación de costumbre internacional, de normas de *ius cogens*, e incluso es uno de los foros donde los Estados –no es el único, claramente– pueden formular manifestaciones unilaterales de voluntad que incidan normativamente en sus obligaciones dentro del Sistema Interamericano en materia de derechos humanos.

Vistas las cosas desde otro punto de vista, la Asamblea General es, conjuntamente con cualquier otro órgano de la OEA, un ente que goza de legitimación procesal activa para solicitar a la Corte Interamericana el pronunciamiento por la vía de opiniones consultivas sobre asuntos de su competencia que tengan incidencia en las normas de derechos humanos de la propia Convención Americana o que se encuentren en otros tratados⁸⁹.

El nivel de influencia de la Asamblea General es muy amplio, no sólo por la determinación económica –de lo que dependen en muy buena medida que los órganos del Sistema Interamericano puedan hacer más cosas de las que actualmente hacen– sino también por la determinación sobre las correspondientes integraciones.

87 Respecto de los miembros de la Comisión Interamericana las sanciones se impondrán con una votación concurrente no menor de los dos tercios de los Estados Miembros, y en el caso de los Jueces de la Corte Interamericana las sanciones se impondrán con una votación concurrente no menor de los dos tercios de los Estados Partes en la Convención Americana (Art. 73 de la Convención Americana, Arts. 8, inciso 3 y 10, inciso 1 del Estatuto de la Comisión Interamericana, Arts. 18, inciso 2 y 20, inciso 2 del Estatuto de la Corte Interamericana).

88 Art. 54, inciso *a* de la Carta de la OEA, y Arts. 39 y 60 de la Convención Americana.

89 Art. 64, inciso 1 de la Convención Americana.

Pretender creer que las determinaciones personales e individuales no juegan en el rumbo que eventualmente pueda llegar a tener un ente colegiado, como la Comisión Interamericana o la Corte Interamericana, es una actitud *naïve*⁹⁰.

El Consejo Permanente es otro organismo dentro de la OEA que juega un rol muy importante en la determinación del sistema interamericano. Además del muy importante rol que juega este organismo en la negociación política previa a la reunión de la Asamblea General, tiene el mandato de llenar las vacantes que sucedan dentro de la Comisión Interamericana cuando estas no se deban a vencimiento de mandato de alguno de sus miembros, *e.g.*, renuncia o muerte⁹¹. Además, el Consejo Permanente implementa muchas decisiones –por sí o por medio de alguna de sus Comisiones– que adopta la Asamblea General, y que tienen que ver con el funcionamiento de los órganos del sistema interamericano, así a manera de ejemplo debería citarse la Resolución AG/RES 2407 (XXXVIII-O/08), denominada Fortalecimiento de los Sistemas de Derechos Humanos en Seguimiento de los Mandatos Derivados de las Cumbres de las Américas, en la cual se da cuenta del proceso de reflexión sobre el funcionamiento del Sistema Interamericano que ha desarrollado el Consejo Permanente por medio de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, el rol de esta en la realización del Diálogo sobre el Funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entre los Estados Miembros y los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde

90 A manera de ejemplo –y sin pretender comprender que este factor es la única variable en juego– debe tenerse presente cómo la Corte Interamericana, en su composición para el año 1998, introdujo en su jurisprudencia el concepto de *daño al proyecto de vida* como un tipo de daño o lesión que habilitaba medidas de reparación como resultado de la responsabilidad del Estado (ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo contra Perú. Reparaciones y costas*. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C, N° 42, párrs. 147-154); ese concepto, utilizado esporádicamente, ha dejado de aparecer en la jurisprudencia de la Corte Interamericana con el cambio de integración que se operó a partir del 1 de enero de 2007.

91 Art. 38 de la Convención Americana y Art. 11, inciso 3 del Estatuto de la Comisión Interamericana.

además se asignan ciertas tareas al propio Consejo Permanente de cara con el Sistema Interamericano y que pueden repercutir en su funcionamiento.

La Secretaría General de la OEA tiene también un importante rol en el desempeño de los órganos del sistema interamericano. Así los servicios de la Secretaría de la Comisión son desempeñados por una unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la OEA⁹², es también el órgano por medio del cual los Estados Miembros de la OEA pueden dirigir consultas a la Comisión Interamericana⁹³, es el órgano por medio del cual la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana remiten a la Asamblea General su programa-presupuesto⁹⁴, al titular de la Secretaría General se debe informar, por cada Estado que haga uso de la suspensión que regula el Artículo 27 de la Convención Americana, sobre las disposiciones suspendidas, los motivos de la suspensión y la fecha de su terminación⁹⁵, es informado para efectos de publicación de los acuerdos de solución amistosa logrados en el contexto de las peticiones individuales⁹⁶, nombra, en consulta con el Secretario de la Corte Interamericana al personal de ésta⁹⁷, es el depositario del tratado⁹⁸, y es también el canal por medio del cual la Comisión Interamericana o la Corte Interamericana pueden proponer a la Asamblea General propuestas de enmienda a la Convención Americana⁹⁹.

92 Art. 40 de la Convención Americana.

93 Art. 41, inciso e de la Convención Americana.

94 Respecto de la Comisión Interamericana, Art. 18, inciso h del Estatuto de la Comisión Interamericana. Respecto de la Corte Interamericana, Art. 72 de la Convención Americana y Art. 26, inciso 1 del Estatuto de la Corte Interamericana, señalando ambos de manera expresa la falta de competencia de la Secretaría General para modificar lo que presente la Corte Interamericana.

95 Art. 27, inciso 3 de la Convención Americana.

96 Art. 49 de la Convención Americana.

97 Art. 59, inciso 1 de la Convención Americana, y Art. 14, inciso 4 del Estatuto de la Corte Interamericana.

98 Art. 74, inciso 3, Art. 78, inciso 1, Art. 45, inciso 4 y Art. 62, inciso 2 de la Convención Americana.

99 Art. 76, inciso 1 de la Convención Americana y Art. 19, inciso f del Estatuto de la Comisión Interamericana.

Asimismo se encarga del desarrollo del procedimiento previo que permite el nombramiento de los jueces de la Corte Interamericana¹⁰⁰, y de los miembros de la Comisión Interamericana¹⁰¹; y a él se dirigen el presidente de la Corte Interamericana para notificarle la declaratoria de incapacidad o la renuncia de un juez¹⁰², y el de la Comisión Interamericana para comunicar una vacante no debida a expiración de mandato¹⁰³. Adicionalmente, el Secretario General es quien nombra al secretario ejecutivo de la Comisión Interamericana, en consulta con ella, e igualmente, él es quien puede separarlo del cargo, previa consulta con ella e información de los motivos en que se fundamenta¹⁰⁴.

Es inevitable referir a los Estados, tanto como Estados Miembros de la OEA como Estados Parte en la Convención Americana. Los Estados Miembros son los que tienen la capacidad exclusiva de postulación para los miembros de la Comisión Interamericana¹⁰⁵, aunque los elige la Asamblea General. Y los Estados Partes son los únicos que pueden proponer y elegir a los jueces de la Corte Interamericana, aunque sus propuestas puedan incluir a nacionales de Estados Miembros que no son Estados Partes, y todo se realiza en el marco de una Asamblea General¹⁰⁶. De igual manera los Estados Partes son los que deciden la sede de la Corte¹⁰⁷, la cual pueden cambiar por decisión de dos terceras

100 Art. 8 del Estatuto de la Corte Interamericana.

101 Art. 4 y Art. 11, incisos 1 al 3 del Estatuto de la Comisión Interamericana.

102 Art. 21, inciso 3 del Estatuto de la Corte Interamericana.

103 Art. 11, inciso 1 del Estatuto de la Comisión Interamericana.

104 Art. 21, inciso 3 del Estatuto de la Comisión Interamericana.

105 Art. 36 de la Convención Americana y Art. 3 del Estatuto de la Comisión Interamericana.

106 Arts. 52 y 53 de la Convención Americana y Arts. 7, 8 y 9 del Estatuto de la Corte Interamericana.

107 Art. 58, inciso 1 de la Convención Americana. La decisión es competencia de los Estados Partes, y no de todos los Estados Miembros, en el marco de una sesión de la Asamblea General. Esto no inhibe a esta última de formular recomendaciones. En efecto, la Resolución AG/RES 372 (VIII-O/78) consideró la inminente entrada en vigor de la Convención Americana así

partes de ellos, en sesión de Asamblea General¹⁰⁸. No obstante, la Corte Interamericana puede celebrar sesiones en el territorio de cualquier Estado Miembro si así lo decide ella internamente y con previa aquiescencia del Estado respectivo¹⁰⁹. Los Estados Miembros –y esto es una verdad de perogrullo– son los únicos que pueden llegar a ser Estados Partes, ya sea por la vía de la ratificación o de la adhesión¹¹⁰, y sólo los Estados Partes –y la Comisión Interamericana o la Corte Interamericana– pueden proponer a la Asamblea General propuestas de enmiendas a la Convención Americana¹¹¹. Los Estados Partes –y la Comisión Interamericana– pueden proponer a los demás Estados Partes reunidos en Asamblea General, Protocolos para la inclusión de otros derechos y libertades en el régimen de protección de la Convención Americana¹¹². Sólo los Estados Partes pueden denunciar la Convención Americana¹¹³, reconocer la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana¹¹⁴, presentar casos ante la Corte –ya sea contra ellos mismos¹¹⁵ o en

como el ofrecimiento de Costa Rica para que su territorio fuera sede de la naciente Corte Interamericana, y resolvió recomendar –evidentemente a los Estados Partes– que la sede de la Corte Interamericana se estableciera oportunamente en Costa Rica.

108 *Ibidem*.

109 *Ibidem*. Esto ha permitido que aproximadamente desde el año 2004 la Corte Interamericana haya iniciado un programa de sesiones itinerantes, en las que realiza un período extraordinario de sesiones en el territorio de un Estado distinto a Costa Rica, realizándose audiencias públicas y actividades académicas y de difusión en materia de derechos humanos.

110 Art. 74, inciso1 de la Convención Americana.

111 Art. 76, inciso1 de la Convención Americana.

112 Art. 31 y Art. 77, inciso 1 de la Convención Americana.

113 Art. 78 de la Convención Americana.

114 Art. 62 de la Convención Americana.

115 Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto Viviana Gallardo y otros contra Costa Rica. Decisión de admisibilidad*. Sentencia del 13 de noviembre de 1981. Serie A, N° 10181, párrs. 21-27. Se desprende de la decisión que adopta la Corte Interamericana, que un Estado puede renunciar de la defensa procesal de exigir que la presunta víctima agote los recursos que ofrece la jurisdicción doméstica; en segundo lugar, que la renuncia al procedimiento que debe observarse ante la Comisión Interamericana es únicamente renunciable cuando están

demandas interestatales¹¹⁶— y además pueden solicitar opiniones consultivas¹¹⁷. Y aunque nada se los impide, pueden presentar memoriales de *amicus curiae* en casos contenciosos que no están dirigidos en su contra¹¹⁸. Igualmente autorizan la realización de investigaciones *in loco* y observaciones *in loco* de la Comisión Interamericana¹¹⁹. Como se puede apreciar, el Estado es algo más que el tradicional y permanente sujeto pasivo de la relación jurídico-procesal.

Existen también dentro de este elemento las entidades de la sociedad civil en su muy diversa temática de existencia, particularmente las organizaciones encargadas de hacer litigio internacional en el sistema interamericano, así como a las organizaciones de derechos humanos de cada uno de los países, los movimientos de víctimas —y las víctimas consideradas individualmente—, sectores académicos, clínicas legales universitarias, y un muy amplio etcétera. Este elemento es sin duda alguna el motor de arranque de la dinámica del sistema interamericano. Las entidades de la sociedad civil movilizan una valiosa agenda de reivindicaciones políticas y sectoriales que permiten que las temáticas sobre las que ha versado el Sistema Interamericano sean tan ricas en diversidad como lo son en este momento, sin perjuicio de reconocer, como se hace en esta publicación, que hay grandes temas ausentes —entre ellos el de la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales— y

en juego intereses exclusivos del Estado, de ahí que las posibilidades de una autodemanda quedan reducidos a la situación hipotética de un caso inter-estatal en el que ambos pacten obviar el procedimiento ante la Comisión Interamericana.

- 116 Art. 62 de la Convención Americana. También, el Art. 45 de la Convención Americana habilita las peticiones inter-estatales en sede de la Comisión Interamericana.
- 117 Art. 64 de la Convención Americana.
- 118 En la práctica no se ha estilado la presentación, por Estados Partes de *amicus curiae* en casos en los que no son parte procesal, sin embargo, no hay norma que impida que efectivamente pudieran hacerlo. Hay ausencia regulatoria, no prohibición.
- 119 Art. 48, inciso 2 de la Convención Americana y Arts. 40 y 51-55 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

que hay grandes temáticas que en la medida en que la realidad progresá y avanza, se van convirtiendo en nuevos aspectos y escenarios de definición. Es una circunstancia comprobable fácilmente que durante muchos años, quizás tan pronto como desde la misma creación de la Comisión Interamericana, la agenda temática y de casos estuvo fuertemente marcada por la represión de los derechos civiles y políticos, y en ese contexto, casos asociados a desaparición forzada de personas, masacres, ejecuciones arbitrarias, torturas, privaciones arbitrarias e ilícitas a la libertad, eran lo que mayormente abordaba el sistema interamericano. Pero es igualmente comprobable que nuevos temas o enfoques –y, por ende, retos– comienzan a aparecer en las peticiones y reclamaciones que recibe el sistema interamericano, temas que pueden transitar desde la bioética hasta la seguridad pública, desde los derechos sexuales y reproductivos hasta la prohibición de toda forma de discriminación, desde el derecho de propiedad hasta las condiciones carcelarias, por citar sólo algunos de los límites por los que se mueve la inagotable energía de las entidades de la sociedad civil.

Una entidad integrante de este elemento político-subjetivo es el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Éste es el resultado de un convenio entre la Corte Interamericana y Costa Rica, suscrito el 30 de julio de 1980, mediante el cual se le da vida como una entidad académica y no de denuncia en el sistema. Su valor y relevancia proviene tanto de la acumulación histórica de su trabajo –que en los momentos más difíciles de la situación política de América Latina implicaba la promoción de los derechos humanos y del sistema interamericano– como de la actualidad y creatividad de su trabajo en la actualidad, que le ha permitido, al elevar las capacidades de litigio de actores civiles y funcionarios estatales, contribuir positivamente en el perfeccionamiento técnico del litigio interamericano de derechos humanos y, por otra parte, aportar metodologías de trabajo, principalmente para la Comisión Interamericana, que permitan medir progresos y avances por la vía de indicadores. Es al mismo tiempo un órgano que estimula los debates académicos por medio de sus diferentes publicaciones, y ha contribuido como escenario de reflexiones con relación a las más importantes

reformas implementadas en el Sistema Interamericano y otras que se encuentran en etapa de discusión.

4. El sentido del sistema

El Sistema Interamericano resulta ser la permanente interacción dialéctica entre los elementos orgánicos, normativos y político-subjetivos, en cada momento, donde cada elemento integrador tampoco puede comprenderse como un agregado estático de componentes, sino que dentro de cada uno de esos elementos hay un permanente tensionamiento, un debate, contradicciones y relaciones dialécticas; de esta manera cada elemento aporta una cantidad de energía resultante de su propia dinámica, y la interacción de esas dinámicas forma el sentido del Sistema Interamericano. Esto permite advertir que el Sistema Interamericano no ha tenido siempre un comportamiento lineal y constante, sino que es variable en todos los aspectos. Este Sistema no es, por tanto, un par de órganos resolutores de peticiones y demandas. La interacción que hay en el interior de cada uno de sus elementos y entre ellos construye una dimensión de múltiples variables concurrentes que explican qué es el sistema interamericano. Sólo este esquema permite comprender que el sistema está vivo, que no es una realidad inerte, que evoluciona, y que ese proceso de evolución no determina un sentido único y exclusivo.

Una idea estática del Sistema Interamericano puede lograrse con la teoría de los conjuntos y la operación de intersección entre ellos, graficada en el diagrama de Venn, así:



No obstante, una última salvedad debe ser realizada con ocasión de la dimensión geopolítica del sistema interamericano. Cabe razonablemente la pregunta siguiente: ¿qué tan interamericano es el sistema interamericano? Esa respuesta debe lograrse a partir de la sumatoria del verdadero alcance interamericano que tenga cada uno de sus elementos.

Vistas las cosas desde el ámbito del sistema normativo la respuesta es muy poco alentadora. Por supuesto que las normas del *ius cogens* o aquellas derivadas de la costumbre internacional aplican a todos los Estados Miembros de la OEA, lo mismo podrá decirse de los actos unilaterales de cada Estado, del *soft law* aplicable, de las resoluciones de la OEA que posean carácter normativo, y de las declaraciones que tengan un efecto jurídico pleno; pero si se estudia dentro de este elemento el componente de los tratados o fuentes convencionales, que son los que, además, poseen un tejido de conectividad con el elemento orgánico, porque son las normas positivas que crean o amplían las competencias de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana, el resultado no siempre será interamericano.

La Comisión Interamericana, por ser un órgano principal de la OEA, posee competencia *ratione personae* respecto de todos los Estados Miembros, y con relación a ellos, su competencia *ratione materiae* recae sobre la Declaración Americana. En ese sentido la supervisión que la Comisión Interamericana hace de la Declaración Americana respecto de los Estados Miembros de la OEA, por virtud del mandato de los artículos 106 y 145 de la Carta de la OEA y del Estatuto de la Comisión Interamericana es, a decir verdad, el único mecanismo plenamente interamericano de supervisión de los derechos humanos.

La Convención Americana da un *plus* al mecanismo anterior, que es en doble vía, primero, porque la naturaleza de la norma está cualificada, y en segundo lugar, porque el mecanismo de supervisión también está cualificado, en la medida en que favorece la opción jurisdiccional. Sin embargo, es una tristeza histórica que la Convención Americana haya surgido con una cláusula facultativa de la jurisdicción contenciosa de la

Corte Interamericana, de manera que esto permite crear dos categorías adicionales a la de Estados Miembros –a quienes aplica el estándar anteriormente reseñado– la de Estados Partes –*i.e.* los Estados Miembros que han ratificado o adherido a la Convención Americana– por un lado, y la de Estados Partes que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, por el otro. La primera constatación es que no todos los Estados Miembros son Estados Partes respecto de la Convención Americana; adicionalmente, no todos los Estados Partes han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana. De los 34 Estados Miembros de la OEA¹²⁰, son Estados Partes en la Convención Americana únicamente 24 y llama la atención especialmente la identificación de los 10 Estados que no son parte de la Convención Americana: Estados Unidos, Canadá, Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Guyana, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía, St. Vincent and the Granadines, y Trinidad y Tobago¹²¹. Esta información puede leerse desde dos puntos de vista no necesariamente excluyentes: o se trata de países angloparlantes inspirados en sistemas jurídicos del *common-law*, o se trata, geopolíticamente, de los

120 Los Estados Miembros de la OEA son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, St. Vincent and the Granadines, St. Kitts and Nevis, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Respecto a Cuba hay una situación muy curiosa, pues mediante la Resolución VI de la VIII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Punta del Este, en 1962, se declaró que el gobierno de Cuba, identificado con los principios marxistas-leninistas, estaba excluido de su participación en el Sistema Interamericano (léase, OEA), sin embargo, el sujeto en el derecho internacional es el Estado, no el gobierno, por lo que aunque es un Estado Miembro –Cuba no ha sido suspendida nunca en su membresía– su gobierno no puede ejercer los derechos que le confiere dicha membresía, y por tal razón, no puede ejercer la legación, entre otros derechos. No obstante, como Cuba sigue siendo miembro de la OEA, la Comisión Interamericana, *inter alia*, al ejercer su control sobre los Estados Miembros de la OEA también lo ejerce sobre Cuba.

121 Trinidad y Tobago depositó el instrumento de adhesión a la Convención Americana en 1991, aunque la denunció en 1998, dejando de ser parte de ella un año después.

Estados más industrializados, conjuntamente con los del Caribe angloparlante. En todo caso, la Convención Americana presenta su característica de interamericana como una aspiración, aunque en la realidad es esencialmente latinoamericana¹²². Este carácter latinoamericano se acentúa al ver que de los Estados Partes, los que no han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana son Estados del Caribe angloparlante¹²³.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura reconoce, mediante su artículo 8, inciso 3 la posibilidad de emplear el mecanismo de peticiones individuales de la Convención Americana. Pero su suerte geopolítica no es mejor que la de la Convención Americana. Por su naturaleza de convención autónoma (y no de protocolo adicional a la Convención Americana) está abierta a la ratificación o adhesión por todos los Estados Miembros de la OEA, sin embargo, sólo 17 de ellos son Estados Partes¹²⁴, y un poco de atención permite advertir que, aunque se mantiene una tendencia latinoamericana, dos Estados centroamericanos (Honduras y Nicaragua) impiden que se pueda considerar plenamente como tal.

El Protocolo de San Salvador está abierto para que sean Estados Partes de él los que son igualmente Estados Partes de la Convención Americana¹²⁵. Si ésta no puede catalogarse plenamente de interamericana, su protocolo adicional con menor razón, aún si todos los que sean parte de aquella lo fueran de este. No obstante, de los 24 Estados Partes de la Convención

122 Los Estados Partes de la Convención Americana son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

123 De los anteriores Estados Partes de la Convención Americana, no han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana los siguientes: Dominica, Grenada y Jamaica.

124 Son Estados Partes de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

125 Art. 21, inciso 1 del Protocolo de San Salvador.

Americana, sólo 14 lo son del Protocolo de San Salvador¹²⁶. El Protocolo de San Salvador reconoce la utilización del mecanismo de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana y de demandas ante la Corte Interamericana, pero en forma limitada¹²⁷. Lo mismo sucede con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte que está conceptualizado también como un protocolo del que sólo pueden ser Estados Partes los que lo son de la Convención Americana, no confiere expresamente jurisdicción a la Corte Interamericana, y de los 24 Estados Partes de aquella, sólo 9 Estados son parte del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte¹²⁸.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas es un tratado autónomo en el sistema interamericano, en el sentido de que pueden llegar a ser Estados Partes de ella cualquier Estado Miembro de la OEA¹²⁹, y tristemente, igual

¹²⁶ Son Estados Partes del Protocolo de San Salvador: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay.

¹²⁷ Según el Art. 19, inciso 6 del Protocolo de San Salvador, la competencia de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana, para conocer por vía contenciosa sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de él, se extiende sólo a los derechos relacionados con la organización sindical y el derecho a la educación, contemplados en el Art 8, inciso 1, *a* y en el Art. 16 del Protocolo de San Salvador.

¹²⁸ Son Estados Partes del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte: Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Un interesante problema se ha presentado recientemente con la adhesión de Antigua y Barbuda a este Protocolo, pues no es un Estado Parte de la Convención Americana. Eso explicaría, inicialmente, por qué no ha depositado aún el instrumento de adhesión; conforme al Art. 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte la vigencia del mismo se condiciona al depósito del instrumento de ratificación o adhesión, como es la norma y la práctica usual en el derecho internacional.

¹²⁹ Arts. XVI, XVII y XVIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

que como sucede con los anteriores tratados, los Estados que han llegado a obligarse por esta convención –13 hasta la fecha– son geopolíticamente latinoamericanos¹³⁰. Vale indicar que mediante el Artículo XIII esta convención confiere competencia *ratione materiae* a la Comisión Interamericana y a la Corte Interamericana para conocer de casos en los que se aleguen violaciones a sus normas principales. Es diferente lo que sucede con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que es igualmente un tratado autónomo, y aunque la totalidad de Estados Miembros de la OEA no son Estados Partes de esta convención, en términos de la experiencia internacional es, hoy por hoy, el tratado más próximo de ser considerado como interamericano¹³¹; el artículo 12 de esta confiere competencia *ratione materiae* para conocer mediante el mecanismo contencioso (peticiones individuales y demandas) sobre las violaciones a su artículo 7 que contiene algunas obligaciones estatales, que no son denominadas *expressis verbis* como obligaciones progresivas.

Finalmente, en lo que ataña a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que es igualmente una convención autónoma, también presenta una tendencia meramente latinoamericana, de la que todavía no han participado los Estados industrializados ni los Estados del Caribe angloparlante; de los Estados Latinoamericanos Miembros de la OEA sólo Honduras no es aún Estado Parte de ella¹³². Esta, a diferencia de todas las anteriores, no prevé el uso de mecanismos contenciosos como

¹³⁰ Son Estados Partes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

¹³¹ Los únicos Estados Miembros de la OEA que no son Estados Partes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer son Canadá y Estados Unidos.

¹³² Son Estados Partes de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

modalidad habilitante para la supervisión internacional de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana, y en su lugar abre paso a un sistema de informes periódicos que serán conocidos por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Así las cosas en el elemento normativo, no es posible señalar que exista uno, al menos, de los instrumentos convencionales que en él se inscriben, como auténticamente interamericano. Adicionalmente, si los tratados confieren competencia *ratione materiae* a la Comisión Interamericana y a la Corte Interamericana para conocer por la vía del mecanismo contencioso de peticiones individuales y demandas¹³³, y tales convenciones no se pueden considerar como auténticamente interamericanas, tampoco es posible considerar que por la vía del elemento orgánico el sistema sea interamericano.

El elemento político-subjetivo es quizás el más plenamente interamericano, conjuntamente con la Declaración Americana y el mecanismo de supervisión de peticiones individuales que implementa la Comisión Interamericana. En ese sentido, el sistema es interamericano *ma non troppo*¹³⁴. En realidad

133 Excepción hecha, como se indicó anteriormente, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que no contienen normas sobre uso de mecanismos contenciosos. Asimismo, debe tenerse en mente que el Protocolo de San Salvador y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, contiene normas que regulan restrictivamente el uso de los mecanismos contenciosos. En verdad sólo la Convención Americana y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas permiten un control *in toto* por la vía del mecanismo contencioso.

134 La expresión, inspirada en el vocabulario musical, es original del jurista brasileño Antônio Augusto Cançado Trindade, y refleja claramente el carácter incompleto e imperfecto de *lo interamericano* del sistema regional. Ver.: Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en: IIDH, *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José, 1998, p. 575.

posee una fuerte tendencia a ser latinoamericano, y su carácter interamericano es, principalmente, una verdadera aspiración geopolítica.

B. Derechos económicos, sociales y culturales

Corresponde ahora precisar el alcance que, para los efectos de este documento, se asociará a la expresión “derechos económicos, sociales y culturales”. En tal realización es importante advertir que este punto se satisface con un doble escenario, por una parte, definiendo conceptualmente tales derechos, y por la otra, identificando cuáles son las fuentes jurídico-normativas que les dan reconocimiento.

Inicialmente, hay que insistir en que la pretensión por dar una definición de los derechos económicos, sociales y culturales es tan compleja –y al mismo tiempo tan sencilla– como la pretensión de dar una definición de derechos civiles y políticos. Todo pareciera indicar *prima facie* que se trata de derechos que deben respetarse y garantizarse en los ámbitos sociales, económicos y culturales de la vida, así como los últimos deben ser en los ámbitos civiles y políticos. En verdad se escribe muchísimo sobre los temas de derechos humanos, se escribe bastante sobre los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, que pareciera que, en su generalidad, los autores consideran que basta con la aproximación apriorística inicial, con el acercamiento imaginativo, para comprender de lo que se está hablando.

Esto es particularmente grave porque sin que se intente definir qué son los derechos civiles y políticos, y qué son los derechos económicos, sociales y culturales, se pretende establecer que entre ellos hay una diferencia natural. Este parece ser uno de esos temas en los que, de manera implícita, se conoce su alcance y contenido, a condición de que nunca se pida una explicitación sobre los mismos. Todo el mundo parece saber de qué se trata, hasta que se pregunta una definición sobre ellos. Y las respuestas que se suelen evocar, normalmente resultan en tautologías.

Para lograr una definición de los derechos económicos, sociales y culturales, es imperioso acudir a la esencia misma de los derechos humanos: derechos subjetivos que resguardan la dignidad humana, *i.e.* lo humano irreductible¹³⁵. Debe comprenderse, por obvias razones, que la dignidad es un concepto abierto y evolutivo. Pues bien, lo humano irreductible es el límite de la existencia humana. A partir de este punto surge el concepto de “necesidades humanas básicas”¹³⁶: lo humano irreductible.

El ser humano forma parte de una *societas* que es mucho más que la sumatoria de las individualidades de las que se compone. En esos dos planos –el individual y el social– el ser humano presenta necesidades básicas, así en lo meramente individual es evidente que todo lo que está asociado a su existencia biológica –el triunfo de la vida sobre la muerte, integra este rubro, como las condiciones alimentarias por debajo de las cuales el ser humano

135 El concepto de «lo humano irreductible» –*l'irréductible humain*– fue empleado por el Secretario General de Naciones Unidas, Boutros Boutros-Ghali en su memorable discurso pronunciado el 14 de junio de 1993, en la inauguración de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos. Ver: *Discours du Secrétaire Générale de l'Organisation des Nations Unies à l'Ouverture de la Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme*, A/CONF.157/22, del 12 de julio de 1993, p. 3.

136 *Ibidem*. La noción de necesidades básicas no es, tampoco, un concepto nuevo. Para poner una referencia sobre los primeros usos de tal concepto es prioritario acudir a la Escuela de la psicología humanista, concretamente a uno de sus más grandes expositores, Abraham Maslow, quien definía al ser humano como “animal con necesidades” –“man is a perpetually wanting animal”–. Para Maslow las necesidades básicas implicaban: necesidades fisiológicas (comer, beber, oxígeno, etc.), necesidades de seguridad (vivienda, empleo, etc.), necesidades de amor (familia, amistad, pareja, etc.), necesidades de estima (reconocimiento, éxito, aprobación), necesidades de auto-realización (realización del plan de los potenciales de vida); Maslow indica, además, que la satisfacción de las necesidad básicas se encuentra determinado por la existencia de ciertas precondiciones, de modo tal que su afectación operaría igualmente, o casi, como si se afectara la satisfacción misma de la necesidad, siendo algunas de ellas: libertad de expresión, libertad informativa, libertad conductual mientras no se le haga daño a nadie más, justicia, etc. Ver: Maslow, Abraham, “A Theory of Human Motivation”, *Psychological Review*, N° 50, APA, 1943, pp. 373-386.

moriría¹³⁷, condiciones de salud cuya inobservancia generaría el cruce de esa situación límite, condiciones ambientales mínimas, protección o resguardo físico respecto de las amenazas físicas del entorno, por mencionar ilustrativamente algunas.

Una de las primeras necesidades básicas sociales del individuo es comunicativa. Sin embargo, la calidad de la interacción está estrechamente relacionada con los aprendizajes obtenidos, que por supuesto pueden ser formales, no-formales e incluso informales, en tal sentido la calidad de desempeño de la interacción o comunicación se determina, en muy buena medida, por otra necesidad básica social visible, que redunda en los procesos educativos. La ausencia educativa haría que los niveles de interacción fueran mínimos, por no decir básicos.

La *societas* posee una modalidad organizativa de sus diferentes factores y elementos. En términos generales, la sociedad moderna se estructura fuertemente en torno al trabajo, la producción y el comercio, generando un círculo de necesidades mutuas¹³⁸. De esta forma cada una es la razón de ser de la otra. En palabras del psicólogo social vallisoletano Martín-Baró, el trabajo ha llegado a ser la actividad humana primordial y al mismo tiempo se ha convertido en el marco de referencia crucial que define el sentido de la existencia de los seres humanos¹³⁹. Es sus palabras textuales apunta¹⁴⁰:

Desde el punto de vista social, el trabajo es la actividad más importante en la organización de la vida humana. En primer

137 Tomando en cuenta que el concepto “ser humano” no es un concepto unilineal y constante. El ser humano presenta necesidades específicas y diferenciadas a lo largo de la vida.

138 El trabajo entendido como cualquier fuerza física o habilidad intelectual dispuesta para transformar parcialmente la realidad que es su objeto. La producción vista no sólo como la generación de bienes, sino también de servicios de toda índole, *e. g.* la intermediación y especulación financiera. El comercio visto como una relación de intercambio de lo producido por otros entes fungibles –en la modernidad actual, dinero, que en la economía formal opera como unidad de cuenta y de cambio–.

139 Martín Baró, Ignacio, *op. cit.*, p. 183.

140 *Ibidem*, pp. 184-185.

lugar, la vida de los individuos se articula alrededor del trabajo. El individuo dedica una buena porción de su vida a prepararse para el trabajo, bien como aprendiz en los sistemas sociales más tradicionales, bien como estudiante en los sistemas de organización social contemporánea. Todavía después dedicará mucho tiempo a seguirse formando en alguna especialización laboral o en la actualización de sus conocimientos, todo ello en función de su trabajo actual o futuro. Ya involucrado en una ocupación laboral, el individuo determina su lugar de vivienda, la organización de su tiempo, la distribución de sus otras actividades partiendo de las exigencias del trabajo. De esta manera, el trabajo se constituye en el núcleo alrededor del cual el individuo organiza su vida personal.

Pero qué sucede si los ingresos no son suficientes para satisfacer las necesidades, o peor aún, qué sucede si la actividad económica no logra absorber a todos los seres humanos como trabajadores, y por lo tanto carecen de ingresos para satisfacer sus necesidades. Planteado en otros términos: qué solución debe tener el fracaso de la autogestión de la satisfacción de las necesidades. No satisfacer tales necesidades sería favorecer el triunfo de la muerte sobre la vida, y por tanto, una situación contraria a la pretensión de humanidad, un antipropósito epistemológico, ético y político. El comportamiento debido debe buscar la satisfacción directa de las necesidades sustituyendo la metodología de la autogestión, por ineficaz. En esa sustitución es central el vínculo de solidaridad. Se trata de hacer un aseguramiento de las necesidades básicas, un aseguramiento que no puede ser individual, sino social.

En términos mucho más de lenguaje de derechos, la expresión de Verdú no puede ser mejor¹⁴¹: “Al lado de los derechos de libertad aparecen, como en Weimar, los derechos sociales [...] Trátase del intento loable de convertir en derecho positivo viejas aspiraciones sociales, elevadas a la categoría de principios constitucionales protegidos por las garantías del Estado de Derecho”.

No obstante, es importante advertir que este esfuerzo vino promoviéndose desde los movimientos constitucionales mexicanos

141 Verdú, Pablo Lucas, *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*, Acta Salmanticensia , 1955, pp. 68-70.

(1917) y soviético (1918), es decir, desde experiencias revolucionarias. La transformación de las necesidades en derechos pasó, inicialmente, por la vía de las revoluciones, para luego pasar al momento de su expansión como derecho de aspiración universal,¹⁴² para inmediatamente pasar a ser un elemento del derecho internacional naciente con el fin de la Primera Guerra Mundial, mediante el Tratado de Versalles. El Preámbulo de la Parte XIII –Arts. 387 al 399– expuso lo siguiente¹⁴³:

And whereas conditions of labour exist involving such injustice, hardship, and privation to large numbers of people as to produce unrest so great that the peace and harmony of the world are imperilled; and an improvement of those conditions is urgently required: as, for example, by the regulation of the hours of work, including the establishment of a maximum working day and week, the regulation of the labour supply, the prevention of unemployment, the provision of an adequate living wage, the protection of the worker against sickness, disease and injury arising out of his employment, the

142 Es el mismo camino seguido por los derechos clásicamente identificados como derechos civiles y políticos, particularmente con la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, proclamada con posterioridad a la Revolución de 1789, y luego, además de asimilada en la Constitución de 1791, lo fue posteriormente en 1791 por la Constitución de los Estados Unidos, y comenzó así su expansión constitucional.

143 Traducción libre del autor, así:

Y mientras las condiciones de trabajo existan implicando tal injusticia, penuria y privación a un amplio número de personas como para producir un malestar tan grande que la paz y la armonía del mundo está puesto en peligro; y un mejoramiento de esas condiciones es requerido urgentemente: como, por ejemplo, la regulación de las horas de trabajo, incluyendo el establecimiento de un máximo de días laborales por semana, la regulación de la mano de obra, la prevención del desempleo, la provisión de un salario para una vida adecuada, la protección de los trabajadores contra la enfermedad y las lesiones y enfermedades derivadas del empleo, la protección de los hijos, de los jóvenes y de las mujeres, la provisión para la vejez y los perjuicios, la protección de los intereses de los trabajadores cuando están empleados en países distintos de donde son nacionales, el reconocimiento del principio de libertad de asociación, la organización de educación vocacional y técnica, y otras medidas.

protection of children, young persons and women, provision for old age and injury, protection of the interests of workers when employed in countries other than their own, recognition of the principle of freedom of association, the organisation of vocational and technical education and other measures.

Para el momento de la suscripción del Tratado de Versalles, es claro que el trabajo ha alcanzado el nivel de *preocupación internacional*, y es un objeto de la protección de la comunidad internacional de la época. La perspectiva ha cambiado. Debe precisarse que esta reflexión internacional es el fruto de múltiples reflexiones similares realizadas en el ámbito interno, y que, además de referirse al aseguramiento social de las necesidades básicas, pasaba por otras necesidades de naturaleza fisiológica que las nuevas relaciones sociales y jurídicas derivadas del trabajo había puesto de manifiesto como nuevas. Así, restricciones a la jornada laboral, a las horas extras, las exigencias de seguridad e higiene laboral están diseñadas para preservar la vida del trabajador, sin perjuicio de su utilidad en otros ámbitos. Contemporáneamente, si el trabajo es base de la autogestión de las necesidades básicas individuales, entonces la remuneración salarial debe ser suficiente para lograr ese propósito, e igualmente, debe propiciarse la estabilidad en el empleo.

Finalmente, también el ser humano guarda una importante relación con la institucionalidad estatal. La relación Estado-ser humano es igualmente una relación dialéctica. Y aunque el Estado no ha existido siempre, su emergencia y existencia actual pone de manifiesto, nuevamente, que las necesidades básicas no tienen que ser absolutas, su relatividad no riñe con su sentido fundamental. Normalmente, aunque no siempre, el Estado expropia determinadas acciones humanas para llenarlas con un sentido de oficialidad. Eso pasa, principalmente, con la justicia¹⁴⁴

¹⁴⁴ Los métodos de autotutela, e incluso de autocomposición, normalmente han sido sustituidos por métodos de heterocomposición que tienen dependencia directa del Estado.

y con la seguridad¹⁴⁵. Pero ambas son igualmente necesidades básicas de los seres humanos, sólo que ya no pueden ser, por regla general, sometidas a la autogestión, de donde se impone, por ende, la obligación del Estado de proveerlas en cumplimiento con ciertos principios como la independencia, la imparcialidad, la oportunidad, la eficiencia, etc. Por el elevado poder de determinación normativa (y fáctica) que posee el Estado sobre las personas sometidas a su jurisdicción se tornan necesarias dos condiciones de ejercicio y demostración del poder: que la actuación estatal se dirija exclusivamente por la ley –no hay más potestades que las que da la ley– y que los destinatarios tengan la posibilidad de participar en ella –representación, al menos en su etapa de creación– o en su implementación –participar en la gestión de los intereses públicos–, y al menos dentro de los Estados cuyo régimen político se define como democrático, son necesidades ineludibles la consideración de igualdad de todas las personas ante la ley, y la posibilidad de incidir en la configuración gubernamental mediante el voto. La interrelación de los seres humanos con el Estado requiere, además, de ciertas consideraciones básicas que pueden estimarse claramente como necesidades básicas del orden político, como expresarse, reunirse, asociarse y peticionar. A ellas deben sumarse quizás las más importantes obligaciones que se derivan de la relación Estado-ser humano: ser garante último de la observancia de los derechos.

El proceso de transformación de las necesidades básicas en derechos no es un proceso siempre fácil. Normalmente está seguido por procesos revolucionarios que buscan como reivindicación la satisfacción de sus necesidades, las cuales garantizan mediante la formulación jurídica como derechos universales e inalienables. Por supuesto que en la medida en que la conciencia jurídica de los pueblos aumenta, y se consolidan los Estados de derecho, el reconocimiento de derechos universales e inalienables se va realizando sin la concurrencia de procesos

145 Especialmente en el ámbito público, la seguridad pública; igualmente con muchas formas de seguridad jurídica, en especial la que depende de la compleja red registral e incluso respecto de la fedatarios públicos.

revolucionarios. En muchas otras ocasiones sucede que los Estados, luego de ciertas coyunturas especialmente convulsas –que no necesariamente son procesos revolucionarios– actualizan sus ordenamientos jurídicos, poniéndolos *à la mode*, y para ello toman, *inter alia*, los reconocimientos jurídicos de derechos de otros procesos históricos desarrollados en diferentes Estados, como simple emblema de modernidad frente al régimen derrocado, o por una suerte de cambio de la bandera de lucha, de movimientos reivindicativos a quienes se busca disminuir con el reconocimiento jurídico del objeto de su pretensión.

Cuando los reconocimientos de derechos surgen como producto de vías revolucionarias exitosas, o como resultado de progresos históricos de la evolución genuina de los Estados de derecho, su nivel de realización lleva una predictibilidad de éxito muy amplia. Cuando se hace un reconocimiento para lograr que el sistema normativo esté *à la mode*, normalmente el nivel de conciencia social sobre el derecho es bajo, lo que lo tornaría inexigible o de difícil realización –por no estar preparada la institucionalidad para garantizarlo adecuadamente–. No obstante el simple reconocimiento jurídico como derecho humano de una necesidad básica es un punto de partida *per se* para comenzar un proceso dialéctico que posibilite su realización en un futuro.

En la actualidad, las necesidades básicas se encuentran reconocidas como derechos humanos, al menos por la vía del derecho constitucional de cada Estado como por medio del derecho internacional¹⁴⁶. Sin embargo, puede apreciarse cómo, al menos desde la perspectiva del derecho internacional¹⁴⁷, se observa un etiquetamiento (*labeling*) y una compartmentalización entre las necesidades básicas convertidas en derechos. Se habla de derechos civiles y políticos, por una parte, y de derechos económicos, sociales y culturales, por la otra. Vale la pena reiterar que los instrumentos originarios –la Declaración Americana,

¹⁴⁶ Esta afirmación es válida por su generalidad, sin perjuicio de la existencia de excepciones.

¹⁴⁷ Que es el énfasis de observación y análisis de este documento, particularmente lo que sucede en el ámbito del derecho internacional americano.

en el sistema interamericano, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sistema universal– no hacían ni etiquetamiento ni compartimentalización de sus derechos.

Sin embargo, lo que sucedió en la acreditación histórica es un constante conflicto entre la fundamentación filosófica de los derechos humanos *vis-à-vis* el contexto político en el que se da su surgimiento al derecho positivo. La transformación de *algo* en derecho positivo es siempre un acto político, y por lo tanto, una definición a partir de la conveniencia y la oportunidad. Ese desfase, entre el valor ideal y el que se plasma por el derecho positivo, debe cubrirse por la vía de la interpretación judicial sobre la referencia casuística y con la técnica del *stare decisis*. Corresponde a la judicatura desempeñar un rol mediador entre el pacto político originario de la norma y su reactualización, su lectura a valor presente, en las circunstancias propias de cada caso.

Por fines prácticos, en el entendimiento de esta publicación se considerarán como derechos económicos, sociales y culturales los que así son declarados por los instrumentos del derecho internacional, en especial, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador. Pero esta adopción no es un endoso sobre la precisión de esa clasificación. En todo caso, se trata de una clasificación surgida en los contextos de su codificación internacional, en un momento histórico determinado emanado en el marco de Naciones Unidas, cuya clasificación no debió trasladarse ni mecánica ni acríticamente hacia los restantes sistemas. Es simplemente una comodidad ortodoxa que servirá para demostrar que, no obstante la artificialidad de la clasificación, los llamados “derechos económicos, sociales y culturales” son plenamente justiciables en el sistema interamericano.

C. Justiciabilidad

El último concepto que determina los alcances de esta publicación es el de la justiciabilidad. Justiciabilidad deriva del verbo transitivo “ajusticiar” o “justiciar” que en su forma

más elemental implica hacer justicia, y que en un modelo de legalidad se logra por una vía institucional, particularmente mediante los mecanismos judiciales. Como adjetivo verbal cumple la función de calificar a un sustantivo, describir al menos una de sus características o propiedades; en tal sentido puede hablarse de “los derechos justiciables”, describiendo por tanto que el sustantivo de la expresión –“los derechos”– tienen por virtud el hecho de que son realizables por medio de la justicia; o lo que resultaría ser la versión sustantivizada, “la justiciabilidad de los derechos”.

La justiciabilidad es un concepto ligado al de exigibilidad. La diferencia es la modalidad. De esta forma si la exigibilidad pretende la realización de un derecho, la justiciabilidad busca que tal realización se haga por la vía de su reclamación ante instancias que administran justicia. En el fondo, se trata de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante las herramientas que puede ofrecer la justicia distributiva. La justiciabilidad supone, por tanto, una pretensión formulada por un reclamo en contra de un sujeto obligado por el derecho y al mismo tiempo un ente decisor que, satisfechas determinadas circunstancias, resuelve la controversia. Como ha destacado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, es la controversia sobre un objeto, un elemento definitorio del carácter justiciable de ese objeto¹⁴⁸.

Lo anterior posee varias implicaciones: el carácter independiente e imparcial del ente decisor, la naturaleza del procedimiento decisorio y el contenido de la decisión que se adopte al final del procedimiento. Estas implicaciones deben comprenderse en el marco del sistema interamericano.

148 *Ashwander vs. Tennessee Valley Authority*, 297 US 288, 325. La controversia es considerada como un elemento esencial que habilita la actuación del poder judicial, y que, por ende, refiere a un asunto de naturaleza justiciable. Así, literalmente dice: “The Act [...] providing for declaratory judgments, does not attempt to chance the essential requisites for the exercise of judicial power. By its terms, it applies to ‘cases of actual controversy’, a phrase which must be taken to connote a controversy of a justiciable nature, thus excluding an advisory decree upon a hypothetical state of facts”.

1. El carácter independiente e imparcial del ente decisor

Normalmente, una controversia implica una controversia fáctica y una controversia interpretativa sobre el derecho aplicable. En algunas ocasiones el debate puede reconducirse sólo a una controversia de interpretación, como cuando hay un reconocimiento sobre el sustrato fáctico, o porque la naturaleza de la discusión es eminentemente jurídica –como sucede en muchos casos de control abstracto de constitucionalidad–. En tal sentido, el ente decisor de una controversia, especialmente en el ámbito jurídico, realiza un ejercicio epistemológico al intentar determinar la realidad de los hechos que sirven de sustrato al litigio que le corresponde para que, una vez determinados los hechos, pueda discernirse cuáles normas de derecho se tendrán que aplicar y su alcance por la vía de la interpretación.

Una condición necesaria, mas no suficiente para el buen éxito del ejercicio epistemológico se da en la imparcialidad e independencia del ente decisor. La independencia supone que la decisión que adopte el ente decisor se encuentre motivada y fundamentada exclusivamente por el derecho, de manera que las presiones que ejerzan diferentes actores, grupos, sectores o sujetos, en el marco de la solución de la controversia, sea inocua para incidir en la construcción de las razones que favorezcan el entendimiento de la realidad –*i.e.*, valoración probatoria– y de la normativa aplicable y su alcance. La imparcialidad implica reconocer que la controversia supone al menos dos partes o extremos, respecto de los cuales el ente decisor debe guardar equidistancia.

En el contexto del Sistema Interamericano el ente decisor no es singular, sino dual. Inicialmente es la Comisión Interamericana, pero si el Estado ha reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, ésta será la última entidad decisora. Ambas entidades son órganos de conformación colectiva, de manera que la independencia y la imparcialidad se logra con la sinergia de sus integrantes. Por ello, la independencia e imparcialidad de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana se lograría mediante el estatuto de sus integrantes.

En el ámbito de la Comisión Interamericana, el artículo 8, inciso 1 de su Estatuto establece que el cargo de miembro de la Comisión Interamericana es incompatible con cualquier ejercicio de alguna actividad que pudiera afectar, *inter alia*, su independencia e imparcialidad, lo cual es una decisión que debe adoptar inicialmente la Comisión Interamericana –con mayoría de cinco de sus miembros– para luego remitirlo a la Asamblea General de la OEA para que, si valora la existencia de imparcialidad, separe del cargo al miembro correspondiente –para ello necesita una votación concurrente de al menos dos tercios de los Estados Miembros–, aunque esto aplica para prevenir de manera general la violación al mandato de la independencia e imparcialidad. No obstante, hay también una prevención específica que se proyecta en cada caso que está contenida en el artículo 17, inciso 2 del Reglamento de la Comisión Interamericana, y que inhibe a sus miembros a participar de la discusión, investigación, deliberación o decisión de cualquier asunto sometido a la Comisión Interamericana si fuesen nacionales del Estado o Estados concernidos, o sin serlo, estuvieren desempeñando una misión especial como agentes diplomáticos de tal Estado o Estados, o si previamente hubieran participado en alguna decisión sobre los hechos en los que se funda la acción de la Comisión Interamericana, o como consejeros o representantes de alguna de las partes interesadas en la decisión.

Con respecto a la Corte Interamericana, los artículos 18 y 19 de su Estatuto se encargan de establecer el resguardo a la independencia e imparcialidad de los jueces. De esta forma, el cargo es incompatible con el de miembros o altos funcionarios del poder ejecutivo de un Estado, con la excepción de los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, o como agentes diplomáticos, siempre que no sean jefes de misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados Miembros. También es incompatible con el carácter de funcionario de un organismo internacional; asimismo, con cualquier otro cargo o actividad que impida a los jueces el cumplimiento de sus obligaciones, o que afecten, *inter alia*, su independencia o imparcialidad. En estos casos, la Corte Interamericana decide sobre la incompatibilidad, que eventualmente puede conducir a la separación del cargo por

parte de una mayoría no inferior a los dos tercios de los Estados Partes en la Convención Americana, en el contexto de una sesión de la Asamblea General de la OEA. De igual manera los jueces de la Corte Interamericana se encuentran impedidos –pudiendo excusarse o ser inhabilitados– de participar en asuntos en que ellos o sus parientes tuvieren un interés directo o hubieren intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad según el juicio de la Corte Interamericana.

A diferencia de lo que ocurre en la Comisión Interamericana, en la Corte Interamericana la nacionalidad no es un motivo específico que impida el conocimiento de un caso. A tal extremo llega esa situación que conforme al artículo 55, inciso 1 de la Convención Americana, el juez nacional de un Estado Parte en un caso, conserva el derecho a seguir conociendo del caso¹⁴⁹.

2. La naturaleza del procedimiento decisorio

La idea de justiciabilidad se encuentra vinculada con un procedimiento adversarial o de contradictorio. Como se ha sugerido anteriormente, se trata de un escenario donde se confrontan los sustratos materiales y jurídicos de la pretensión y se define la verdad histórica –experiencia epistemológica del proceso– para decidir, en consecuencia, el derecho aplicable y su alcance, y esto es por naturaleza adversarial o de contradictorio.

¹⁴⁹ Al momento de escribir este documento se encuentra en trámite la solicitud de opinión consultiva formulada por Argentina en el sentido de cuestionar los alcances de la interpretación que se ha dado al Art. 55 de la Convención Americana, que habilita al juez nacional de un Estado Parte en un caso contencioso individuo-Estado continuar en el conocimiento del caso, y correlativamente, si en la integración de la Corte Interamericana al momento de conocer un caso no hay un juez nacional del Estado concernido, su derecho a nombrar juez *ad-hoc*. En la tesis argentina, la interpretación que conduce a permitir la continuidad de conocimiento al juez nacional de un Estado involucrado en un caso contencioso, así como nombrar juez *ad-hoc* en su defecto, sólo es válida cuando el contencioso actualiza las hipótesis de ser interestatal.

Pero hay un argumento especialmente estratégico para que la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales se haga mediante un método adversarial y no sobre la base de justicia conmutativa, y es precisamente porque en el ámbito de los derechos humanos se está en presencia de obligaciones *erga omnes*¹⁵⁰, y no de obligaciones *inter partes*¹⁵¹, lo que demuestra la existencia de un orden público internacional que por antonomasia no es tangible de transacción entre las partes que erigen una disputa ni de los destinatarios de las normas que lo delimitan. Hay un interés que trasciende de la víctima, y que busca la restauración del derecho objetivo violentado amén de la reparación del daño sufrido por esta, que se traduce en varias normas del sistema de garantía internacional que confecciona la Convención Americana. Así, el artículo 44 de la Convención Americana dispone un derecho de acción procesal interamericana

150 International Court of Justice, *Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium vs. Spain)*, judgment of 5 February 1970, p. 32, prs. 33-34:

An essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.

Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law [...] others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.

Las obligaciones generales que se derivan de la Convención Americana, concretamente, las obligaciones de respetar y garantizar los derechos que ella reconoce a toda persona sujeta a la jurisdicción de sus Estados Parte, ha sido considerada como una obligación *erga omnes* por la propia jurisprudencia interamericana. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica...*, nota 12, párr. 109.

151 Las obligaciones *inter partes* son las opuestas a las obligaciones *erga omnes*.

que no está limitado a la víctima –y excepcionalmente a sus familiares– y que permite la apertura de casos ante la Comisión Interamericana¹⁵². De manera complementaria el artículo 45 de la Convención Americana permite que un Estado denuncie a otro ante la Comisión Interamericana por violación de los derechos que reconoce la Convención Americana sin requerir que la víctima, concreta o abstracta¹⁵³, tenga que ser nacional del Estado denunciante. Esto no significa que la víctima sea irrelevante para el sistema interamericano. Una afirmación de semejante envergadura no podría sostenerse toda vez que el sistema no es sancionatorio y sí es reparatorio. En la sede de la Corte Interamericana también se puede apreciar el carácter del *ordre public* mencionado, toda vez que la Comisión Interamericana debe comparecer en todos los casos ante la Corte Interamericana, norma que incluso contempla la hipótesis de los contenciosos interestatales, lo que evidencia que existe un interés jurídico objetivo¹⁵⁴.

Ahora bien, lo anterior no implica que dentro del procedimiento adversarial puedan emplearse técnicas de solución alternativa

152 Cfr.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Nicaragua contra Costa Rica*, Caso interestatal 01/06, Informe sobre admisibilidad 11/07 del 8 de marzo de 2007, párr. 184. En ese párrafo la Comisión Interamericana afirma que el Sistema Interamericano permite a diversos tipos de peticionarios presentar peticiones a nombre de víctimas, con lo que da a entender que la anuencia o autorización de la víctima es requisito para la actuación del peticionario. Esa tesis de la Comisión es cuestionable, ya que la Convención Americana no requiere que entre peticionario y víctima exista necesariamente una autorización para que este gestione sus intereses en función del orden público que impera. La exigencia de una modalidad de representación o mandato para la gestión de los intereses de la víctima desdice de las implicaciones derivadas del *ordre public* y pareciera pretender reafirmar un *ordre privé* que es inexistente en el contexto del sistema interamericano.

153 *Ibidem*, párr. 196. La distinción entre “caso abstracto”, que sería una situación sin referencia a víctimas y “víctimas abstractas”, que es una situación sin individualización de las víctimas, no debe confundirse. La formulación lingüística de la Comisión Interamericana, en la decisión citada, pudo haber sido más clara.

154 El Art. 33, inciso 3 del Reglamento de la Corte Interamericana reconoce que la Comisión Interamericana actúa en resguardo del interés público.

de la controversia que no se ajusten tradicionalmente a la idea adversarial. Estas técnicas como, por ejemplo, la negociación directa, la mediación, la conciliación o el arbitraje pueden ser empleadas, pero dentro del marco del proceso adversarial que diseña la Convención Americana, de manera que no tienen autonomía procesal. Precisamente la Convención Americana diseña un mecanismo basado en un esquema de justicia distributiva, y no en un esquema de justicia comutativa, aunque en el marco de aquella se admitan técnicas propias de esta. Pero la rectoría procesal la sigue teniendo el sentido distributivo de la justicia que se persigue dentro del sistema interamericano. Así se desprende del artículo 48, inciso 1, *f* de la Convención Americana que habilita a la Comisión Interamericana para ponerse a disposición de las partes interesadas, en el marco de un proceso contencioso, para lograr una solución amistosa que esté fundada en el respeto de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana y no en la satisfacción recíproca de los intereses y necesidades de la partes litigiosas, lo que necesariamente debería obligar a la Comisión Interamericana a homologar los términos de la solución amistosa¹⁵⁵. La Convención Americana no contempla esa posibilidad cuando un caso está en conocimiento de la Corte Interamericana, pero ha sido por la vía del artículo 55 del Reglamento de la Corte Interamericana que se admite no sólo la solución amistosa, sino también el desistimiento y el allanamiento como salidas alternativas del

155 El texto de la Convención Americana no obliga de manera expresa a la Comisión Interamericana a homologar los acuerdos de solución amistosa logrados por las partes en una controversia, pero si la misma Convención Americana reconoce que los límites de un acuerdo de solución amistosa son los derechos reconocidos por ella, necesariamente debe existir un ente que homologue los acuerdos desde esa tesis. Tomando en cuenta que según lo mencionado, un caso se encuentra aún dentro de los trámites que deben seguirse ante la Comisión Interamericana, es lógico que ella resguarde competencia para poder hacer tal homologación. Sin embargo –como señala el profesor venezolano Faúndez Ledesma–, la Comisión Interamericana no ha aplicado en forma rigurosa este requerimiento, conformándose en muchas ocasiones sólo con que se haya encontrado una solución satisfactoria para las partes. Ver: Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos – aspectos institucionales y procesales*, San José, IIDH, 2004, p. 458.

proceso contencioso, aunque la Corte Interamericana se reserva la autoridad para decidir que prosiga el conocimiento de un caso, aún cuando se esté en la presencia de las situaciones anteriores, lo que claramente evidencia que tales posibilidades no se encuentran limitadas por la satisfacción individual de las partes, sino que implican un interés público superior, integrado por la observancia de las normas de la Convención Americana¹⁵⁶.

3. El contenido de la decisión

Para que se pueda hablar plenamente de justiciabilidad, el procedimiento en el que se dirimen las controversias sobre la observancia o no de las normas que reconocen los derechos económicos, sociales y culturales tiene que permitir la declaratoria de responsabilidad del obligado, en el caso de que su conducta efectivamente no satisfaga con la exigencia de la norma. Y de manera consecuente con ello, establecer el conjunto de obligaciones que integran la reparación integral del daño. Precisamente en la interpretación del artículo 63, inciso 1 de la Convención Americana, en el *Caso Aloeboetoe y otros contra Suriname*, la Corte Interamericana ha señalado que es importante distinguir la conducta del Estado declarado responsable hacia el futuro –garantizar al lesionado el goce del derecho o de la libertad conculcados– y hacia el pasado mientras duró la violación –reparar las consecuencias de la violación, incluyendo, si fuere procedente, una justa indemnización¹⁵⁷.

Precisamente una decisión adoptada sobre la base del contraste entre la conducta y la norma, está llamada a identificar, en primer lugar, si la conducta satisfizo la prescripción normativa o si, por el contrario, ha sido deficitaria, y en este último caso, imponer el curso conductual que habrá de seguirse para cumplir la norma inobservada, al mismo tiempo que se reparan los daños generados por el incumplimiento. Lo primero es denominado “deducción de responsabilidad”, y lo segundo son sus consecuencias jurídicas.

¹⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Benavides Cevallos contra Ecuador. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 19 de junio de 1998. Serie C, N° 38, párr. 55.

¹⁵⁷ *Caso Aloeboetoe y otros contra Suriname*, *supra* nota 10, párr. 46.

Sin embargo, en el actual estado de desarrollo del derecho internacional, y más exactamente del sistema interamericano, este solo puede conocer de casos en contra de Estados, y no de otros sujetos. No puede –ni debe– significar lo anterior que sólo los Estados violan los derechos humanos, porque tal afirmación es falsa. Los Estados y los sujetos no estatales, incluyendo, *inter alia*, al ser humano, los grupos terroristas y las empresas, pueden violar los derechos humanos, pero el sistema de administración de justicia en el ámbito de la OEA –el sistema interamericano– sólo se encuentra habilitado para conocer de quejas en contra de Estados y no de la diversidad de sujetos jurídicos. En otras palabras, el Sistema Interamericano sólo puede deducir responsabilidad a Estados.

La imputación de responsabilidad estatal puede ser directa o indirecta, según sea el contenido o la naturaleza de las obligaciones que el Estado asume. En el ámbito del derecho internacional, las reglas jurídicas que gobiernan el tema de la responsabilidad estatal se clasifican en dos: *normas primarias* y *normas secundarias*¹⁵⁸. Las *normas primarias* son las que gobiernan las obligaciones principales, en las que descansan las obligaciones sustantivas que los Estados deben observar¹⁵⁹, cuyo incumplimiento da lugar a la responsabilidad¹⁶⁰, mientras que las *normas secundarias* gobiernan los alcances y modalidades de existencia de la responsabilidad¹⁶¹, son las que se encargan de establecer cuándo se ha violentado la *norma primaria* u obligación sustantiva, y cuáles son las consecuencias jurídicas de tal infracción¹⁶². En el ámbito del sistema interamericano, y desde la óptica de lo que atañe a la responsabilidad internacional, la Convención Americana contiene dos tipos de normas primarias, las obligaciones generales y las obligaciones específicas.

¹⁵⁸ Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2001, p. 185.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ U.N. International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, A/56/10, p. 31, pr. 1.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Cassese, *supra* nota 183.

Las obligaciones generales son aplicables a todos los derechos humanos que en ella se reconocen y se encuentran en su artículo 1, que literalmente dice así:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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

Como puede apreciarse, se trata de las obligaciones de *respetar* y *garantizar* las que se reputan objetivamente como obligaciones *erga omnes*. Y aunque la Convención Americana no haya definido los alcances de estas, ha sido la jurisprudencia la que ha precisado la interpretación que debe darse a tales deberes. Con relación al deber de respeto ha señalado¹⁶³: “El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado [...] De esta forma, la obligación de respeto impone directamente al Estado un comportamiento necesariamente dirigido a no violar un derecho reconocido en la Convención Americana”.

Respecto de la obligación de garantía, la Corte Interamericana ha señalado¹⁶⁴:

Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos

¹⁶³ *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, *supra* nota 23, párr. 165.

¹⁶⁴ *Ibidem*, párr. 166.

humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

De esta manera, la obligación de garantizar implica para el Estado prevenir las violaciones a los derechos humanos, investigar y sancionar a los que sean responsables de estas, y procurar el restablecimiento del derecho y las reparaciones de los daños causados por su violación.

Por una consideración lógica, la obligación de garantizar es más amplia que la de respetar. La obligación de respetar tiene como único destinatario al propio Estado y su contenido es no-violar los derechos reconocidos en la Convención Americana por ninguna acción u omisión. Mientras que la obligación de garantizar, en su dimensión de prevenir, busca que ni el Estado ni los sujetos no-estatales afecten los derechos reconocidos por la Convención Americana, y si la fatalidad de la violación acontece, las otras dos dimensiones de la obligación de garantizar también pretenden que quienes hayan cometido la violación –como Estado o como sujetos no-estatales– sean investigados y sancionados y, finalmente, que el Estado procure el restablecimiento del derecho y la reparación del daño.

De esta forma el Estado incumple con las obligaciones generales de la Convención Americana cuando él mismo irrespetuamente un derecho reconocido en ella o cuando no lo garantiza adecuadamente, *i.e.*, cuando no ha prevenido su violación (cometida por sí o por un sujeto no-estatal), o cuando no ha investigado y sancionado a los responsables (a quienes actuaron por él o a los sujetos no-estatales que la cometieron), o cuando no ha procurado el restablecimiento del derecho y la reparación de los daños. No obstante debe tomarse en cuenta que¹⁶⁵: “En toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente

165 *Ibidem*, párr. 169.

uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo”.

Además¹⁶⁶:

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación [...] El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado [...] El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención [...] La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de

166 *Ibidem*, párrs. 174-177.

intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares [...]

Con estos precedentes jurisprudenciales los criterios para la deducción de responsabilidad por parte de los órganos del Sistema Interamericano son muy claros. Las normas primarias son dos: la obligación de respetar y la obligación de garantizar. La obligación de respetar se incumple cuando el Estado viola o interfiere los derechos reconocidos en la Convención Americana. La obligación de garantizar se incumple cuando el Estado no previno adecuadamente, no investigó seriamente a los responsables de una violación a derechos humanos, lo que impidió, además, que se les sancionara, y finalmente si no procuró adecuadamente el restablecimiento del derecho y la reparación de los daños. Los compromisos derivados de la obligación de garantizar son *obligaciones de medio* –y no de resultado– por lo que obligan a analizar si los pasos desarrollados por el Estado son razonablemente conducentes a lograr el propósito que persiguen las normas, y si no quedaron conductas, en ese mismo sentido, por hacer. Además, mientras el incumplimiento de la obligación de respetar se observa cuando el Estado comete violaciones a los derechos reconocidos por la Convención Americana, el incumplimiento de la obligación de garantía se puede llegar a observar incluso por las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención Americana que cometen los sujetos no-estatales.

En palabras de la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁶⁷:

Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que

¹⁶⁷ *Ibidem*, párrs. 172-173. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso José Rolan Valencia y otros contra Colombia (Masacre de Mapiripán). Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C, N° 134, párr. 111.

actúan prevaleidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

Las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza sicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A los efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto de que la infracción a esta puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si este ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1, inciso 1 de la Convención.

Esto permite entender que, si bien la Convención Americana es un tratado, y como tal suscrito entre Estados, las obligaciones que ahí se generan, en auténtico sentido jurídico, no se agotan exclusivamente en el Estado, precisamente porque al tener éste el deber de garantizar debe generar una obligación de respeto entre particulares, demostrándose así la efectividad de los derechos humanos entre particulares o *Drittewirkung*¹⁶⁸.

168 *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, supra* nota 12, párr. 140. La expresión *Drittewirkung* originada en lengua

Cuando se ha cometido una violación a un derecho humano, desde una visión jurídica, en realidad se ha violentado el deber de respeto que existe sobre tal derecho, al menos, sin perjuicio de que las condiciones particulares de la violación evidencien que también se ha violentado el deber de garantía, ya sea porque la violación no se previno adecuadamente o porque no se la investigó adecuadamente o porque no se procuró el restablecimiento del derecho y la reparación de los daños. Ahora bien, la Corte Interamericana ha señalado que, en materia de responsabilidad internacional, la Convención Americana es *lex specialis*¹⁶⁹, y, por lo tanto, que se aplica de manera preferente a las normas que sobre la responsabilidad internacional existen en el ámbito del derecho internacional general. No obstante, como se mencionó anteriormente –con cita expresa del *Caso Aloeboetoe y otros*– la única norma dentro de la Convención Americana que se refiere a las consecuencias jurídicas de la violación de uno de los derechos que ella reconoce, es el artículo 63, inciso 1 que literalmente dice: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

alemana, es un concepto integrado por las expresiones *Dritt*, que alude hacia terceros, y *Wirkung* que refiere a producción de efectos. En su conjunto, la expresión alude a “efectos frente a terceros”, que en el marco de las relaciones del derecho público, normalmente sostenidas entre el Estado y un ser humano, dan sentido a la idea de que los derechos humanos no sólo limitan el ejercicio del poder público estatal –deber de respeto convencional– sino también limitan la acción conductual de los particulares –deber de respeto derivado del cumplimiento del deber de garantía convencional–. Según la jurisprudencia originaria del Tribunal Constitucional Federal Alemán –conocido en el argot como el “Tribunal de Karlshrué”– derivada del *Caso Lüth*, la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares –*Drittewirkung*– es una consecuencia jurídica que se desprende de manera lógica del efecto de irradiación de los derechos fundamentales –*Ausstrahlungswirkung*– que refleja sobre todo un orden de valores objetivos contenidos en tales derechos (BVerfGE 7, 198, 205).

169 *Caso Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 184, párr. 107.

De aquí se desprende que, una vez constatado el incumplimiento de la obligación de respetar –y/o de la obligación de garantizar– la Corte Interamericana por medio de la sentencia crea nuevas obligaciones al Estado infractor¹⁷⁰. Inicialmente, vuelve a reevaluar la obligación de garantizar, esto es, de prevenir adecuadamente con todos los medios al alcance del Estado para que razonablemente no vuelvan a ocurrir tales violaciones –*i.e.*, garantías de no repetición– y, asimismo, que investigue la violación y favorezca –en caso de ser fácticamente posible– la sanción de los responsables, y lógicamente, este ejercicio de garantía derivado como consecuencia de la violación del derecho implica también el restablecimiento de este –lógicamente si ello es posible–, lo que se traduciría en un cese del acto ilícito –si en el momento de la sentencia está aún sucediendo–. Le complementa la reparación de los daños, inspirado en la idea de volver al *status quo ante*¹⁷¹, que debe complementarse además con la neutralización de todos los efectos dañinos que la violación pudo haber generado, llegando así a la reparación integral¹⁷².

170 Aunque el artículo refiere expresamente a la Corte Interamericana, alguno hay fundamento jurídico que impida a la Comisión Interamericana establecer en sus informes sobre el fondo –y particularmente en la recomendaciones– medidas de reparación tan puntuales, expresas y creativas como las que dicta usualmente la Corte Interamericana. Si bien entre una “sentencia” y unas “recomendaciones” hay diferencias de naturaleza, las mismas no deberían alimentar una actitud de *self-restraint* que inhiba a la Comisión Interamericana a recomendar medidas que trasciendan de vagas o generales formulaciones.

171 *Caso Aloeboetoe y otros contra Suriname*, *supra* nota 8, párr. 49. La Corte Interamericana explica con notable claridad que: “La solución que da el Derecho en esta materia consiste en exigir del responsable la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, pero sólo en la medida *jurídicamente* tutelada. Por otra parte, en cuanto a las diversas formas y modalidades de reparación, la regla de la *in integrum restitutio* se refiere a un modo como *puede* ser reparado el efecto de un acto ilícito internacional, pero no es la única forma como *debe* ser reparado, porque puede haber casos en que aquella no sea posible, suficiente o adecuada”. (Las cursivas son agregadas.)

172 Permanent Court of International Justice, *The Factory at Chorzów*, Judgment on merits, Serie A, No 17, of 13 September 1928, p. 47. El sentido de la reparación del daño quedó muy claramente establecido en esta sentencia, cuando la Corte Permanente de Justicia Internacional indicó: “The essential principle contained in the actual notion of an

La manera sobre cómo se reparan los daños se reconoce en la Convención Americana de forma muy vaga, contemplando sólo la indemnización de manera expresa como una modalidad. Esto obliga, pese a su carácter de *lex specialis*, a llenar el vacío –integrar– mediante las normas existentes en el derecho internacional general. Los esfuerzos de codificación en esta materia han sido realizados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en el documento *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*¹⁷³, por lo que acudir a este instrumento es más que aconsejable. Conforme a ellos, la reparación integral del daño se logra mediante la restitución, la compensación y la adopción de medidas de satisfacción¹⁷⁴. La restitución por tanto es el re-establecimiento de la situación que existía antes de que el acto ilícito fuera cometido¹⁷⁵; la compensación, cuya función es atender las pérdidas cuantificables en términos monetarios incurridas como resultado del acto ilícito¹⁷⁶; finalmente se encuentran las medidas

illegal act [...] is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed”.

173 *Supra* nota 177. Elevados a la categoría de *Draft Articles* significa que son un anteproyecto de tratados que se ha sometido a la Asamblea General de Naciones Unidas para que esta, luego de su estudio y discusión, pudiera eventualmente aprobarlo como un tratado regulatorio de la materia a nivel universal. En ese sentido son un compendio sistemático –codificación– de lo que el derecho internacional general –tratados y costumbres, además de la jurisprudencia– ha ido construyendo en cuanto a la temática de la responsabilidad internacional de los Estados por actos internacionalmente ilícitos.

174 *Ibidem*, p. 95. Inspirada en la idea recientemente citada del caso *The Factory at Chorzów*, la explicación que ofrece la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas sobre este artículo dice así: “Wiping out all the consequences of the wrongful act may thus require some or all forms of reparation [i.e., restitution, compensation and satisfaction] to be provided, depending on the type and extent of the injury that has been caused”.

175 *Ibidem*, p. 96. Y para dejar clara la procedencia de las medidas compensatorias, agrega: “Restitution [...] may of course have to be complemented by compensation in order to ensure full reparation for the damage caused [...]”

176 *Ibidem*, p. 99. La utilización de la compensación y la restitución –cuando

de satisfacción, que pretenden la reparación de los daños que, al no poder estimarse monetariamente, constituyen una afectación deshonrosa (afrenta, tratamiento indigno)¹⁷⁷, y que por evidentes razones no pueden citarse *numerus clausus* las medidas de satisfacción, pero que pueden implicar, *e.g.*, el reconocimiento de la ilegalidad implícita en la violación declarada por un tribunal, una disculpa realizada por el ofensor, la construcción de memoriales en obra pública, etc.

Es importante hacer algunas aclaraciones breves sobre las reparaciones en el ámbito del sistema interamericano. En primer lugar, la conciencia sobre la plenitud de herramientas que pueden emplearse para lograr la reparación integral y materializar el efecto que pretende, ha ido evolucionando de la mano de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pues en los primeros casos se hacía principal énfasis en el carácter compensatorio de la reparación, teniendo el carácter restitutorio¹⁷⁸ y el satisfactorio¹⁷⁹

es posible– normalmente se realizan de forma contemporánea, toda vez que la restitución casi nunca es suficiente para reparar integralmente el daño causado. Las reclamaciones para lograr la restitución representan erogaciones económicas que la restitución no puede satisfacer, sin contar con ello la pérdida de oportunidad –o lucro cesante– u otro tipo de impactos económicos que inciden negativamente en el daño causado por el acto ilícito.

177 *Ibidem*, p. 106.

178 La poca relevancia del carácter restitutorio posiblemente se explicaba porque en los primeros casos era materialmente imposible lograr el *status quo ante*, puesto que trataban sobre violaciones al derecho a la vida comprobadas, o desapariciones forzadas de personas donde se establecía la violación al derecho a la vida como una presunción judicial sobre la base de amplias pruebas indiciarias que demostraban un *modus operandi* generalizado, donde el único sentido restitutivo podía tenerlo la permanente búsqueda de los restos del desaparecido y su entrega a la familia para su disposición final (ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Indemnización compensatoria*. Sentencia del 21 de julio de 1989. Serie C, N° 7, párrs. 34-35). La restitución no puede limitarse a un listado taxativo de medidas porque depende de cada situación particular acontecida y acreditada en los casos.

179 El efecto satisfactorio tenía igualmente una presencia relativamente mínima con relación a la atención que se brindó sobre las medidas de indemnización compensatoria. En su primer caso, la Corte Interamericana

muy poca relevancia, así como los efectos de cesación y las garantías de no repetición¹⁸⁰. En segundo lugar, la Corte Interamericana ha establecido, desde su primer pronunciamiento en materia de reparaciones, que el carácter compensatorio de las indemnizaciones es excluyente del carácter punitivo, de manera que la finalidad de la indemnización compensatoria no puede exceder del propósito de reparación, al mismo tiempo que no puede llegar a convertirse en un castigo para el Estado hallado responsable¹⁸¹. En tercer lugar, igualmente desde sus inicios,

se limitó a señalar que la sentencia era *per se* una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para los familiares de las víctimas, sin llegar a explicar las razones de tal afirmación (*Velásquez Rodríguez contra Honduras*, supra nota 195, párr. 36). No obstante este elemento es el que más desarrollo jurisprudencial ha llegado a tener, por la evidente razón de que su contenido no es cerrado, sino abierto a las modalidades que, según el caso en concreto –en términos de la valoración del daño y la propia sensibilidad y creatividad de la Corte Interamericana–, sean posibles.

- 180 *Supra* nota 195. Garantías de no repetición, como la investigación y juzgamiento de los responsables fueron declaradas originalmente en la sentencia sobre el fondo, y su carácter como garantía de no repetición fue retomado en la sentencia sobre indemnización compensatoria. (*Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*). Después de superar una postura renuente (ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso José R. Araujo contra Venezuela (El Amparo). Reparaciones y costas*. Sentencia del 14 de septiembre de 1996. Serie C, N° 28, párrs. 58-60; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Genie Lacayo contra Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C, N° 30, párrs. 90-92), la Corte Interamericana finalmente logró establecer como garantías de no repetición la necesidad de ajustar el derecho interno a los términos de la Convención Americana, cuando el marco jurídico nacional no satisfacía el estándar de protección que ésta delineaba (ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo contra Perú. Reparaciones*. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C, N° 42, párrs. 159-164 y resolutivo 5).
- 181 *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, *supra* nota 202, párrs. 37-39. Aunque la redacción empleada permite comprender que si el derecho internacional avanzara hacia la conceptualización de indemnizaciones punitivas, la expresión lingüística empleada por el Art. 63, inciso 1 de la Convención Americana –“justa indemnización”– pudiera llegar a comprenderla. Utilizando la idea de daños punitivos *lato sensu* el jurista brasileño Antônio Augusto Cançado Trindade acredita que en la actualidad el derecho internacional de los derechos humanos ya admite la posibilidad de establecer indemnizaciones que tengan un propósito

la Corte Interamericana precisó el objeto de la indemnización compensatoria, el daño material y el daño moral¹⁸², estableciendo para el primero bases y criterios de cálculo y para el segundo una determinación judicial *ex aequo et bono*¹⁸³. En cuarto lugar, la Corte Interamericana posee suficiente competencia para establecer acciones específicas que modifiquen el contexto para que el sentido de la indemnización compensatoria pueda desplegarse adecuadamente y no tornarse nugatorio¹⁸⁴.

Finalmente, el sentido heurístico con el que se han tratado las consecuencias de la declaratoria de responsabilidad –cese del acto, garantías de no repetición, y reparación integral del daño, entendiendo que esto último se logra mediante la restitución, la compensación y las medidas de satisfacción– no busca generar una compartmentalización rígida sobre ellas, sino únicamente explicar desde una perspectiva teórica y de evolución normativa, la amplitud de consecuencias jurídicas que se derivan de una declaratoria de responsabilidad en el dominio del derecho internacional, en general, y del derecho internacional de los derechos humanos, en particular. La temática de las reparaciones en el Sistema Interamericano se encuentra aún en abierta dinámica evolutiva.

sancionador en contra del Estado responsable (ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Serie C, N° 101, voto razonado del juez Cançado Trindade, párrs. 41-52).

182 *Ibidem*, párr. 39.

183 *Ibidem*, párrs. 27 y 40-52.

184 *Ibidem*, párrs. 56-59. En ellas estableció, *inter alia*, condiciones tributarias, moneda de pago, plazos, intereses, fideicomisos para el resguardo de los montos compensatorios cuando el beneficiario es menor de edad, como incluso lo ha seguido haciendo en una jurisprudencia consolidada. En ejercicio de su competencia en lo atinente a las reparaciones, la Corte Interamericana ha llegado a ordenar la reapertura de una escuela con personal docente y administrativo para que funcione permanentemente desde una fecha cierta, así como la operatividad de un dispensario médico (ver: *Caso Aloeboetoe y otros contra Suriname*, *supra* nota 8, párr. 96).

D. A manera de conclusión

Por justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, en el marco del Sistema Interamericano deberá entenderse la posibilidad de acudir a la Comisión Interamericana, y eventualmente a la Corte Interamericana, como órganos independientes e imparciales, para que, mediante un método adversarial, resuelvan una pretensión que posee un sustrato fáctico y jurídico determinando así como sobre la responsabilidad internacional de un Estado obligado por la Convención Americana por actos ilícitos respecto de las obligaciones que le son exigibles en materia de derechos económicos, sociales y culturales, con miras a que en el caso estimativo de la responsabilidad internacional se dispongan consecuencias jurídicas dirigidas –en lo que corresponde– a cesar el acto ilícito, proveer garantías de no repetición y reparar los daños causados, a través de medidas de restitución, compensación y satisfacción.

El proceso adversarial aludido se regula, principalmente, en lo que respecta a la fase tramitada ante la Comisión Interamericana, por los artículos 44 al 51 de la Convención Americana, y respecto a la fase tramitada ante la Corte Interamericana, por los artículos 61 al 69 de la Convención Americana, además de las disposiciones pertinentes de los estatutos de ambos órganos y sus reglamentos.