

Constitución y Derechos

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Joaquín Mejía Rivera



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección
Constitución y Derechos



Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN

Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES

Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA

Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA

Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA

Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos

Joaquín A. Mejía Rivera

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

México, 2018

Primera edición: noviembre de 2018

Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos

© Joaquín A. Mejía Rivera

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-42-4

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
María Alejandra de la Isla Portilla
Mariana Miranda López
Alfredo Pérez Guarneros
Edición

Felipe Luna
Formación

Contenido

Introducción	15
I. Estado y derechos humanos: una relación esencial hacia la constitución del Estado de derecho	21
1.1. Introducción	21
1.2. La versión liberal del Estado	22
1.3. La versión social del Estado	25
1.4. El constitucionalismo y el Estado de derecho contemporáneo	28
1.4.1. El imperio de la ley	29
1.4.2. La división o separación de poderes	34
1.4.3. La legalidad de la Administración	37
1.4.4. La efectiva realización de los derechos humanos	37
1.5. Conclusiones	40
II. La protección internacional de los derechos humanos: de San Francisco a San José	43
2.1. Introducción	43
2.2. El Sistema Universal de las Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos	48
2.2.1. El sistema extraconvencional de protección	48
2.2.2. El sistema convencional de protección	54
2.3. El Sistema Interamericano: instrumentos y mecanismos de protección	59

2.3.1. La competencia consultiva de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	68
2.3.2. La competencia contenciosa de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos . .	70
2.4. Conclusiones	78
III. Las obligaciones estatales en materia de derechos humanos	81
3.1. Las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	81
3.2. La obligación general de respetar y garantizar	84
3.2.1. La obligación de prevenir	86
3.2.2. La obligación de investigar	89
3.2.3. La obligación de sancionar	91
3.2.4. La obligación de reparar	93
3.3. La obligación de adoptar medidas	95
3.4. La obligación de no discriminación	98
3.5. La obligación de respetar las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial	103
3.6. Las obligaciones surgidas de las normas de los capítulos IV y V del Pacto de San José	106
IV. Las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales	111
4.1. Introducción	111
4.2. Obligación general de respetar y garantizar, y su aplicabilidad a la totalidad de la Convención Americana y sus protocolos	112
4.3. Naturaleza de la obligación establecida en el artículo 26 de la CADH	115
4.4. El alcance de la obligación específica del artículo 26	120
4.5. La progresividad a la luz del artículo 26 de la CADH	122
4.6. La disponibilidad de recursos	127

V. Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	131
5.1. Introducción	131
5.2. Antecedentes y generalidades	133
5.3. Los argumentos estatales a favor y en contra de la adopción del protocolo facultativo	175
5.4. La aprobación del texto final del protocolo facultativo.....	184
5.5. Conclusiones.....	193
VI. El papel de los derechos económicos, sociales y culturales en las democracias latinoamericanas	199
6.1. Marco teórico-normativo de los derechos económicos, sociales y culturales en la concepción interamericana de democracia	199
6.2. Concepto(s) de democracia y sus implicaciones para una visión integral de los derechos humanos	213
6.3. De la democracia formal a la democracia sustancial.	220
6.4. El papel de los derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas democráticos latinoamericanos	226
VII. Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual.....	235
7.1. Consideraciones previas	235
7.2. Los tratados de libre comercio en contexto	237
7.3. El contenido de los tratados de libre comercio y sus potenciales efectos sobre los derechos humanos	239
7.4. Las herramientas del Sistema Interamericano ante posibles violaciones de derechos humanos en el marco de los tratados de libre comercio	249
7.5. Pueblos indígenas y proyectos extractivos en el marco de los tratados de libre comercio.....	256
7.6. Consideraciones finales.....	260

VIII. Características de los derechos fundamentales frente a los derechos patrimoniales a la luz de la teoría de Luigi Ferrajoli	263
8.1. Introducción	263
8.2. Universalidad <i>versus</i> singularidad	268
8.3. Indisponibilidad e inalienabilidad activa y pasiva...	270
8.4. Normas téticas y normas hipotéticas.	273
8.5. Verticalidad y horizontalidad	276
8.6. Conclusiones	282
IX. Protesta social: ¿vandalismo o ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión?	285
9.1. Protesta social y participación democrática.	285
9.2. El uso del derecho penal frente a la protesta social.	291
9.3. Los límites en el uso de la fuerza policial y militar frente a la protesta social	299
9.5. Conclusiones	306
X. La situación de la independencia judicial en Honduras y la actuación de la Corte Suprema de Justicia durante el golpe de Estado	309
10.1. Antecedentes y contexto.	309
10.2. La respuesta de la Corte Suprema de Justicia durante y después del golpe de Estado.	312
10.3. Posición de la Corte Suprema de Justicia ante violaciones a la libertad de expresión.	316
10.4. Posición de la Corte Suprema de Justicia ante la suspensión de garantías	322
10.5. Posición de la Corte Suprema de Justicia con respecto a violaciones a los derechos políticos.	325
10.6. Existencia de un sesgo discriminatorio por parte de la Corte Suprema de Justicia	331
10.7. Conclusiones.	335
Bibliografía	339

Los derechos humanos se han convertido “en uno de los indicadores principales del progreso histórico”. La paz es, a su vez, el presupuesto necesario para el reconocimiento y la efectiva protección de los derechos humanos, tanto en los Estados como en el sistema internacional. Derechos humanos, democracia y paz son tres elementos necesarios del mismo movimiento histórico: sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos.

NORBERTO BOBBIO, *El tiempo de los derechos*,
Madrid, Sistema, 1991.

Introducción

La historia moderna de los derechos humanos ha estado marcada por varios momentos importantes que, con la adopción de ciertos documentos de gran influencia nacional e internacional, han significado un avance fundamental en la lucha por la dignidad humana a través de su respeto, promoción y defensa. Por su relevancia política y jurídica, podemos señalar que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 representan el parteaguas que marca el inicio de una nueva era para la dignidad humana.

Esta nueva época está caracterizada *a)* por la adopción generalizada de los principios fundamentales del derecho constitucional moderno en el que los derechos humanos constituyen un elemento esencial de legitimación de todo poder, y *b)* por la aceptación de la internacionalización del reconocimiento, promoción y tutela de tales derechos por encima de las fronteras nacionales, que conlleva el consentimiento de que su protección ya no es más un asunto exclusivo de la competencia interna de los Estados, sino de toda la comunidad internacional.¹

Para llegar hasta este punto, los derechos humanos han pasado por varias fases de desarrollo que no deben ser entendidas en términos de una sucesión, sino más bien de una expansión, acumulación y fortalecimiento siempre en constante perfeccio-

¹ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, “Las Declaraciones Francesa y Universal de los Derechos Humanos”, en AA.VV., *Bicentenario de la Revolución francesa*, México, IJ-UNAM, 1991, pp. 198-199.

namiento hasta lograr alcanzar una protección real y efectiva de la dignidad humana.² En este sentido, se pueden reconocer cuatro fases importantes en la evolución histórica de los derechos humanos que nos ofrecen una visión general del largo proceso recorrido hasta nuestros días y que nos facilitan la detección de las áreas debilitadas o poco desarrolladas en las que la ciencia jurídica precisa intervenir.

En primer lugar, el proceso de positivación que supuso la toma de conciencia de la necesidad de dotar a los derechos —que aparecieron en un primer momento histórico como derechos naturales— de un estatuto jurídico que permitiera su aplicación eficaz y la protección real de sus titulares, ya que sin su incorporación al *corpus juris* constitucional o internacional, quedan relegados al ámbito de los valores y de los ideales morales. De este modo, las fuentes y las garantías para la protección de los derechos humanos en caso de violación se constituyen en las dimensiones más importantes que se añaden en la cultura jurídica con este proceso de positivación.³

En segundo lugar, el proceso de generalización que supone una profunda transformación para convertir en efectivas las afirmaciones de las primeras declaraciones de que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, ya que en la realidad, los derechos eran disfrutados, a principios del siglo XIX, exclusivamente por la burguesía, mientras que extensas capas de la población permanecían al margen de sus beneficios. En otros términos, pese a su reconocimiento jurídico como derechos de todos y todas, se limitaba el disfrute y ejercicio de los derechos humanos a una clase social determinada, lo cual, en cualquier época o sociedad, pone en riesgo su consolidación como un instrumento válido de garantía del pleno desarrollo de la dignidad de las personas.⁴

² Cançado Trindade, Antonio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, pról.o de Máximo Pacheco Gómez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 132.

³ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cols. Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 156-160.

⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio, “Los derechos humanos: la moralidad de nuestro tiempo”, en AA.VV., *La garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, p. 11.

En tercer lugar, el proceso de internacionalización de los derechos humanos, en el cual la adopción de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal representa su máxima expresión, dado que al reconocerlos normativamente en el ámbito supraestatal, se ha promovido una importante transformación del orden internacional en la medida en que el principio de dignidad humana comienza a limitar al clásico principio de la soberanía de los Estados.⁵

De esta forma se da un proceso de humanización y socialización del derecho internacional a través del reconocimiento de la dignidad humana, lo cual propició las condiciones favorables para considerar a las personas como nuevos sujetos del derecho internacional, como portadoras de unos derechos que los Estados deben salvaguardar y que generan un tipo de obligaciones que cada Estado tiene frente a la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*), dado que derivan de normas fundamentales que contienen principios elementales de la humanidad y que por consiguiente, todos los Estados tienen el deber de cumplir.⁶

Y en cuarto lugar, el proceso de especificación de los derechos humanos que supone que frente a la titularidad genérica de “los derechos del hombre y del ciudadano” se produce una concreción de los titulares que no abarcan ya al genérico *homo iuridicus* de las normas de los primeros derechos, sino que se centran en aquellos colectivos que por razones culturales, sociales, físicas, económicas o de otra índole, se encuentran en una situación de inferioridad que es necesario compensar o equilibrar,⁷ tales como la niñez, la mujer, el consumidor, la persona migrante, los pueblos indígenas, etcétera.⁸

⁵ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., pp. 174-176.

⁶ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derecho Humanos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999, p. 16; Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2003, p. 185.

⁷ Peces-Barba Martínez, Gregorio, “La universalidad de los derechos humanos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 15-16, Alicante, 1994, pp. 626 y 627.

⁸ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 15.

Estas fases de positivación, generalización, internacionalización y especificación no son etapas cerradas que surgieron y terminaron en un momento histórico determinado, sino que son procesos en permanente construcción y desarrollo que necesitan completarse para concretar la idea del ser humano “libre del temor y la miseria”, y para lograr que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos no sea solo una noción teórica sin implicaciones prácticas en la vida cotidiana de los titulares de los derechos, especialmente de los derechos económicos, sociales y culturales.

Pese a todo este desarrollo, más de 200 años después de la adopción de la Declaración francesa, no se puede ignorar que sus valores han quedado reducidos, para millones de personas en el mundo, a una “libertad contra la igualdad y contra la solidaridad”,⁹ y las “grandes promesas de la modernidad permanecen incumplidas o su cumplimiento ha redundado en efectos perversos”.¹⁰ En el mismo sentido, ahora que se está a punto de celebrar el 68° aniversario de la adopción de la Declaración Universal, y a pesar de su autoproclamada universalidad, el ejercicio de los derechos en ella contenidos, especialmente los económicos, sociales y culturales, sigue siendo un concepto vacío y una utopía lejos de alcanzar en muchas partes del mundo.

El presente libro pretende aportar al debate sobre los derechos humanos para promover un mayor entendimiento sobre sus alcances y su impacto en la vida cotidiana de las personas, y al fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho. Se abordan 10 cuestiones actuales relacionadas con el Estado de derecho; los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, particularmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; las obligaciones estatales frente a todos los derechos humanos, haciendo énfasis en las relativas a los derechos económicos, sociales y culturales, y al papel que juegan es-

⁹ González Faus, José Ignacio, *Abjurar la modernidad. Pecados originales de Occidente*, Barcelona, Cristianisme i Justícia, septiembre de 2002, p. 2.

¹⁰ Sousa Santos, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, vol. I. Para un nuevo sentido común: La ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003, pp. 23-25.

tos en la consolidación de las democracias latinoamericanas; la elaboración del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que garantiza niveles de exigibilidad de estos derechos; el impacto de los tratados de libre comercio sobre los derechos humanos; la fundamentalidad de los derechos humanos frente a los derechos patrimoniales; la protesta social como ejercicio colectivo de la democracia cuando los canales institucionales no son idóneos para encausar las demandas ciudadanas y, finalmente, el papel del poder judicial en contextos de graves violaciones a derechos humanos, tomando como ejemplo el golpe de Estado ocurrido en Honduras en el año 2009 y cuyas consecuencias aún siguen profundizando la corrupción e impunidad.

Agradezco profundamente al Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y personalmente a su director, Rogelio Flores, por permitirme ser parte de la conmemoración del centenario de la Constitución mexicana a través de la publicación de este libro. También agradezco a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila y a su director, Luis Efrén Ríos, por darme la oportunidad de acercarme a México a través de la enseñanza de los derechos humanos. Sin duda alguna, para cualquier persona estudiosa del derecho es un honor ser testigo de los primeros cien años de la Constitución mexicana redactada en la ciudad de Querétaro en 1917, ya que esta es considerada la primera “Constitución social del siglo xx” por ser la primera norma fundamental en la historia en reconocer los derechos económicos, sociales y culturales, marcando de esta forma un precedente significativo para el resto del mundo al inaugurar lo que se conoce como el “constitucionalismo social”.

JOAQUÍN A. MEJÍA RIVERA
Tegucigalpa, Honduras
Octubre de 2016

I. Estado y derechos humanos: una relación esencial hacia la constitución del Estado de derecho

1.1. INTRODUCCIÓN

Existe un consenso general en afirmar que el concepto de “Estado de derecho” se refiere a una forma de organización jurídico-política caracterizada: *a)* por la incorporación al ordenamiento jurídico constitucional de unos valores considerados fundamentales para la comunidad, es decir, los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales; *b)* por la consagración del principio de legalidad, que implica que la actuación de los poderes públicos esté enmarcada dentro de lo que establecen la Constitución y la ley, en virtud de lo cual pueden ser objeto de control judicial, y *c)* por la funcionalización del ejercicio de dichos poderes a la garantía del goce de todos los derechos humanos.¹

Esta moderna concepción del Estado representa una conquista histórica de los pueblos contra el absolutismo de las monarquías autoritarias (*Ancien Régime*) en el que las personas eran consideradas súbditas y portadoras solamente de deberes frente al poder inmutable del monarca, cuya legitimidad estaba basada en la voluntad divina. Con la Revolución francesa de 1789 se produce una fractura de época² y se sustituye la antigua legiti-

¹ Andrés Ibáñez, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la Jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 10.

² También la Revolución de Estados Unidos representó un hito histórico importante, sin embargo, no se dio una ruptura de época, ya que senci-

midad basada en la ética católica medieval por una nueva legitimidad fundada en los derechos naturales de las personas como fundamento, orientación y límite del poder.

De lo anterior se desprende que el Estado es un producto histórico cuyo desarrollo y construcción no puede concebirse como un proyecto estático y limitado, sino en permanente evolución para poder dar respuesta a las nuevas necesidades y desafíos de la comunidad. Por ello, en este proceso se puede observar el avance y la superación de una concepción restringida y limitada del Estado hacia otra más acorde con las exigencias de nuestro tiempo y del constitucionalismo contemporáneo.

1.2. LA VERSIÓN LIBERAL DEL ESTADO

En un primer momento, el Estado de derecho, en su versión *liberal*, tenía como objetivo primordial limitar el poder público a través de varios mecanismos, como el principio de división de poderes, el respeto a la ley y la vigencia de los derechos civiles y políticos como garantías de la obligación estatal de no interferir en la libertad y autonomía de los individuos. Sin embargo, no hay que olvidar que en sus orígenes este Estado era particularmente clasista, lo cual se ve reflejado en: *a)* que el sufragio estaba condicionado por la capacidad tributaria y económica de las personas, por lo que los únicos que podían votar eran los hombres, los blancos y los propietarios; *b)* la *no* intervención estatal en el mercado y en las relaciones laborales para compensar y neutralizar las desigualdades producidas por estas, pero *sí* en la represión de las huelgas y las manifestaciones obreras; *c)* la consolidación de una sociedad individualista, elitista y clasista, siendo la burguesía la clase dominante y la única que tenía el poder para de-

llamente “no tenía ningún «antiguo régimen» que derribar. Ciertamente, también esta Revolución tenía que provocar su propia ruptura, que en este caso consistía en la separación definitiva de la «madre patria», en la proclamación de la independencia; pero se trataba de algo bien distinto, que no implicaba en absoluto la necesidad de definirse en oposición respecto al pasado, como sucedía en el caso de la Revolución francesa”, en Fiorovanti, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996, p. 78.

terminar el destino de toda la comunidad; *d*) la sacralización de la propiedad privada individual, la acumulación de capital y el sometimiento de la economía a intereses particulares, y *e*) el reconocimiento y protección de los derechos civiles y políticos que en la práctica solo eran ejercidos por aquellas personas cuya libertad no estaba restringida por la pobreza, el hambre y el analfabetismo.³

Por tanto, el acceso al poder y a las decisiones políticas estaba limitado a las personas más ricas y cultas, manteniendo en teoría el discurso de una igualdad formal —ante la ley—, pero con grandes desigualdades materiales que hacían imposible el uso de la libertad por parte de los sectores sociales desaventajados. A su vez, el Estado y la sociedad se mantenían en constante oposición y eran concebidos como dos sistemas independientes: el primero como una organización racional orientada a la consecución de la libertad, la convivencia pacífica, la seguridad y la propiedad y, por tanto, absteniéndose de intervenir en los problemas económicos y sociales que afectaban a la sociedad. En este contexto, su racionalidad se expresaba únicamente en: *a*) la adopción de leyes abstractas; *b*) la división de poderes como recurso racional para la garantía de la libertad, y *c*) la constitución de una organización burocrática de la administración. Por su parte, la sociedad se configuraba como un orden espontáneo dotado de una racionalidad sustentada en las leyes económicas y las relaciones de competencia entre las personas, con lo cual se generaba un sistema idóneo tanto en el ámbito económico, gracias a los resultados de la oferta y la demanda, como en el ámbito social, gracias a la igualdad ante la ley que permitía a las personas perseguir sus fines particulares sin interferencia alguna y solo limitadas por sus capacidades naturales.⁴

Esta distinción y oposición entre Estado y sociedad permitió consolidar la hipótesis que impedía al primero intervenir en las relaciones sociales y económicas para modificar el orden social existente, limitando su función al aseguramiento de las condicio-

³ Díaz, Elías, “Estado de derecho y democracia”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núms. 19-20, Universidad de Extremadura, 2001-2002, pp. 209-210.

⁴ García-Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed., Madrid, Alianza, 1988, pp. 21-22.

nes mínimas para que dicho orden funcionara. En otras palabras, el Estado simplemente ejercía numerosas tareas de vigilancia y control —casi policíacas— y se mantenía al margen e imparcial ante las desigualdades que se podían producir, ya que se consideraba que las mismas eran producto de las contingencias sociales. Por ende, la ley, de naturaleza soberana e inobjetable, no se diferenciaba cualitativamente de la Constitución, y se consideraba como la expresión de las decisiones políticas supremas sujeta solamente a un doble imperativo: a) que fuera una norma general y abstracta respetuosa del orden “natural” de las cosas, y b) que se caracterizara por su neutralidad respecto de los valores de la sociedad,⁵ y en ese sentido, cualquier elección o decisión de la mayoría debía considerarse por ello mismo legítima, sin prestar la debida atención al contenido de dichas decisiones.

Como este tipo de modelo estatal se fundamentaba en el principio de la libertad negativa, ello suponía que la distribución de los beneficios sociales era el resultado de las relaciones “espontáneas” dentro del mercado y que por ello, el poder público debía limitarse a asegurar que las mismas se desarrollasen enmarcadas en la legalidad existente; en ese sentido, este modelo se basaba en “los criterios mínimos para la existencia de un Estado de derecho, es decir, los que organizan la estructura básica de un régimen político orientado a la protección de los derechos individuales [...] de tipo negativo (de protección de la persona y la propiedad) y no los positivos (de promoción del desarrollo de las personas y reducción de la desigualdad económica)”, por lo que, en consecuencia, se puede concluir que el liberalismo tradicional cumple las condiciones mínimas de un Estado de derecho, las cuales son necesarias, pero no suficientes para alcanzar un modelo de Estado democrático de derecho.⁶

⁵ Baldasarre, Antonio, *Los derechos sociales*, trad. de Santiago Perea Latorre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 60: “En el Estado de derecho liberal la restricción del acceso a la *polis*, limitado con diferentes instrumentos —sufragio electoral, selección política, privilegio de los notables, instituciones de instrucción, etc.— a los más ricos y a los más cultos, hacía que la formación y el desarrollo de la ley reflejaran sustancialmente los valores, relativamente homogéneos, compartidos por la clase dominante”.

⁶ Rodríguez Zepeda, Jesús, “Estado de derecho y democracia”, en *Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, la Democracia en América Latina*.

1.3. LA VERSIÓN SOCIAL DEL ESTADO

En un segundo momento, se puede señalar que el advenimiento de la democracia en su concepción actual representó para los Estados de derecho liberal una profunda transformación en el significado de sus valores político-constitucionales que llevó a una nueva forma de conciliación entre libertad e igualdad,⁷ lo cual se concreta en la constitución del Estado social de derecho. Con la incorporación constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado asume nuevas funciones de intervención y redistribución para garantizar a la población un mínimo de bienestar social que le permita una relativa igualdad de oportunidades. En palabras de Contreras Peláez, “el Estado, así, deja de ser *negación* de la libertad para convertirse en *agente liberador*”.⁸

Es importante destacar que la incorporación normativa de estos derechos fue impulsada desde diversos sectores gubernamentales y sociales con posiciones políticas e ideológicas distintas. En Alemania, por ejemplo, fue el gobierno conservador de Bismarck quien adoptó dos leyes importantes relacionadas con el seguro obligatorio para todas las personas trabajadoras de la industria, para las inválidas y para los ancianos. En Italia, la conocida Ley Crispi de 1890 promovida por el presidente Francesco Crispi, que reformó positivamente la sanidad pública, es un ejemplo del desarrollo de estos derechos por parte de gobiernos conservadores y sobre todo fascistas. En Estados Unidos fue el liberalismo progresista del presidente Franklin D. Roosevelt quien impulsó el *New Deal* inspirado en las ideas de John Keynes, quien sostenía los principios del liberalismo clásico pero con un papel más activo del Estado en el proceso de redistribución de las rentas; mientras que en Inglaterra y en Francia los mayores esfuerzos en esta dirección fueron obra de gobiernos socialistas.⁹

Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Contribuciones para el debate, Buenos Aires, Aguilar-Altea-Taurus-Alfaguara, 2004, p. 39. La cita textual corresponde a la misma página.

⁷ Baldasarre, Antonio, *op. cit.*, p. 25.

⁸ Contreras Peláez, Francisco J., *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 15.

⁹ Baldasarre, Antonio, *op. cit.*, pp. 24-26.

Por otra parte, las fuerzas sociales que impulsaron el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales estaban compuestas por: a) empresarios y empleadores motivados por el interés de dejar en manos de las instituciones públicas la carga de las “prestaciones sociales cuya erogación habría tenido para ellos la ventaja de reducir los costos del trabajo, de prevenir la conflictividad social y de regular las [...] incontrolables dinámicas relativas al acceso y a la salida del mercado del trabajo en tiempos de graves crisis y de grandes reconversiones industriales”;¹⁰ b) los sindicatos del sector industrial que buscaban dar respuestas inmediatas a un fuerte conglomerado de trabajadores que se habían transformado en un sujeto social y político importante con las revoluciones industriales del siglo XIX; c) los políticos en turno en busca de legitimación a través de la erogación de servicios sociales en respuesta a las expectativas ciudadanas, y d) diferentes movimientos de democratización del Estado que lucharon con éxito por la garantía de la libertad positiva y por la ampliación de la participación política, así como por la asimilación de las finalidades de progreso social y de la igualdad entre ciudadanos.¹¹

Por ende, el paso de un Estado “abstencionista” a un Estado “intervencionista” en materia económica y social representó un medio para contrarrestar los desequilibrios producidos por el libre juego de las fuerzas del mercado, que al poner en peligro la existencia misma del sistema, desembocó en un nuevo pacto entre las diferentes fuerzas sociales para dar estabilidad al orden social. En ese sentido, se amplió la protección de la libertad, pues la misma no solo estaba —y sigue estando— “amenazada por el despotismo, [sino] también por el hambre y la miseria, la ignorancia y la dependencia”.¹²

Consecuentemente, la justificación teórica de los derechos económicos, sociales y culturales radica en permitir liberar y

¹⁰ No es de extrañar que los principales derechos económicos, sociales y culturales hayan sido reconocidos como consecuencia de dos crisis económicas gigantescas: la de 1873 y la de 1929.

¹¹ Baldasarre, Antonio, *op. cit.*, pp. 24-26.

¹² Contreras Peláez, Francisco J., *op. cit.*, p. 16.

proteger al ser humano no solamente de la violencia del Estado, sino también de la violencia del mercado. No obstante, es necesario advertir que a pesar de que hoy estos derechos pueden ser un medio para lograr una relativa igualdad en el ejercicio de la libertad, no se puede ignorar que también, en su versión mínima, pueden servir para suavizar y maquillar un sistema que dentro de sus parámetros actuales seguirá produciendo desigualdad, miseria y segmentación social y que, por tanto, podrían tener una función anestésica para desinflar los conflictos sociales como producto de la violenta estructuración de la sociedad que realmente los causan.¹³

En síntesis, este segundo modelo de Estado se caracteriza por: a) ser intervencionista, con el objetivo de lograr mayor participación e igualdad real de los grupos tradicionalmente excluidos; b) reformar algunos aspectos del modelo capitalista de producción pero sin romper con él, y c) tratar de que toda la población pueda gozar y ejercitar en igualdad de condiciones el goce y ejercicio de los derechos civiles y políticos a través de la satisfacción de sus necesidades básicas como la salud, la educación, la vivienda, la seguridad social, entre otras.¹⁴ En este contexto, el Estado asume un papel más activo dentro de las relaciones económicas y sociales, ya que no puede limitarse a garantizar unas condiciones mínimas en donde estas se desarrollen, sino que ha de regular todo el sistema social y económico para evitar la consolidación de una sociedad diferenciada entre personas excluidas e incluidas.

Por tanto, mientras que en un primer momento el Estado (liberal) se basaba en la justicia conmutativa, el Estado contemporáneo (social) debe fundamentarse en la justicia distributiva; mientras que en el primero se reconocen ciertos derechos que en teoría implican la no intervención estatal (los derechos civiles y políticos) y su accionar se restringe a asegurar la igualdad formal, en el segundo se reconocen algunos derechos que se traducen en la satisfacción de ciertas necesidades básicas para el desarrollo de la dignidad humana (los derechos económicos, sociales y

¹³ Sobre un análisis detallado al respecto, véase García Manrique, Ricardo, *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, Madrid, El Viejo Topo, 2013.

¹⁴ Díaz, Elías, "Estado de derecho y democracia"..., *cit.*, pp. 210-214.

culturales) y su accionar trata de asegurar una relativa igualdad material.¹⁵

En ese orden de ideas, el Estado ya no se limita a distribuir una serie de potestades y derechos formales, sino que trata de distribuir y redistribuir los bienes económicos de la sociedad para tratar de alcanzar una relativa igualdad en recursos y de oportunidades que permita una participación política real de todas las personas. Esto significa que el Estado se transforma y evoluciona para poder dar respuesta a las expectativas y prescripciones que manda la Constitución —la realización de todos los derechos humanos—, ya que es indudable que “la libertad política es irreal si no va acompañada de la libertad de las dependencias económicas; que la propiedad ha de tener como límite su funcionalidad para los sistemas social y económico, y los derechos de los que participan en hacerla productiva; que la seguridad no se extiende solo a la dimensión jurídica, sino a la dimensión existencial en general; que la igualdad no lo es solo frente a la ley, sino que se debe extender, en la medida de lo posible, a las cargas y beneficios, y que la participación se amplía a los bienes y servicios, y a las formas de democracia social”.¹⁶

1.4. EL CONSTITUCIONALISMO Y EL ESTADO DE DERECHO CONTEMPORÁNEO

El análisis de la evolución del Estado nos permite concluir que el Estado de derecho es un modelo organizativo que se ha desarrollado en respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de carácter social, económico, político y cultural, y que en una doble vía pretende lograr una mayor participación de los individuos y, al mismo tiempo, una mayor responsabilidad de los poderes públicos. Por tanto, “es siempre una realidad de carácter procesual, perfectible y abierta en el tiempo”,¹⁷ pero con unos elementos y exigencias básicas e indispensables sin los cuales no puede hablarse de un verdadero Estado de derecho.

¹⁵ García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*, pp. 26-27.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 34, 35 y 56.

¹⁷ Díaz, Elías, “Estado de derecho y democracia”..., *cit.*, p. 205.

En esta línea, existe un consenso en señalar que dichos elementos esenciales son: *a)* el imperio de la ley; *b)* la división de poderes; *c)* la legalidad de la administración cuya actuación debe estar acorde con la ley y bajo suficiente control judicial, y *d)* la garantía jurídica y la efectiva realización material de los derechos humanos.¹⁸ Mediante un análisis teórico y normativo de cada uno de estos elementos, poniendo mayor énfasis en el relacionado con la vigencia de los derechos humanos, es posible poner a prueba la hipótesis de que algunos de nuestros Estados latinoamericanos *sí* son Estados de derecho en términos teórico-normativos, pero que *no* lo son en términos de prácticas institucionales.

1.4.1. El imperio de la ley

El desarrollo histórico del Estado de derecho ha tenido siempre como finalidad la elaboración de distintas maneras de limitar el poder por la vía de su regulación jurídica, siendo el uso del método democrático el de mayor preponderancia en las sociedades actuales.¹⁹ El principio del imperio de la ley se constituye en un elemento fundamental del Estado de derecho en el sentido de que la ley: *a)* debe ser creada por los órganos representativos de la voluntad general a través de los procedimientos formalmente establecidos, y *b)* a su vez, debe estar subordinada a los contenidos constitucionales. Por tanto, la validez de la ley depende no solo de las normas procedimentales de su creación, sino también de las normas sustanciales de sus contenidos, es decir, de su coherencia con la Constitución y el respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos en ella,²⁰ ya que la legalidad en un auténtico Estado de derecho está condicionada a la no lesión

¹⁸ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 9ª ed., Madrid, Taurus Ediciones (1966), 1998, p. 44.

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, "Jurisdicción y democracia", en *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 29, jul, 1997, Madrid, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, p. 3; Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, FCE, 1989, p. 204.

²⁰ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. de Gerardo Pisarello et al., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 168.

de ciertos valores (derechos humanos) por y para los cuales se ha constituido el orden jurídico y político, y que se manifiestan en unas normas que ninguna ley puede violar.²¹

Si analizamos la mayoría de los marcos constitucionales, es posible encontrar en sus postulados el reconocimiento normativo del principio del imperio de la ley, ya que, por lo general:

- a) se estipula que los parlamentos, congresos o asambleas legislativas son el único órgano legitimado para la realización de la función legislativa;
- b) se definen los pasos a seguir para la adopción de las leyes, al determinarse el procedimiento necesario para la formación, sanción y promulgación de la ley;
- c) se sanciona la supremacía constitucional sobre el resto del ordenamiento jurídico y se deja claramente establecido que en casos de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, se aplicará la primera, y
- d) se reconocen una serie de principios y derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que no pueden ser quebrantados por ninguna ley.

En este último punto considero necesario resaltar dos cuestiones. En primer lugar, los derechos humanos reconocidos no se limitan a los estipulados en nuestras constituciones políticas, sino que también se incluyen todos aquellos derechos reconocidos por la comunidad internacional a través de las normas generales o consuetudinarias y de las normas convencionales concretadas en los tratados internacionales ratificados por los Estados. En segundo lugar, no se puede concluir contundentemente que la mayoría de nuestras constituciones consideren que existan diferencias o algún tipo de jerarquía entre los derechos por ella reconocidos, pues todos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales, representan los valores y contenidos que los constituyentes consideraron fundamentales para la convivencia nacional y para el fortalecimiento y la conservación del Estado de derecho. Aunque este no es el lugar para realizar un análisis de la naturaleza jurídica de los derechos, basta decir que

²¹ García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*, pp. 52-53.

independientemente de ello, su simple reconocimiento impone a los poderes públicos un amplio abanico de obligaciones de hacer y de no hacer para asegurar el fin supremo de la sociedad y el Estado: la dignidad humana.²²

Los derechos humanos reconocidos en nuestras constituciones vinculan e imponen límites a los procesos democráticos nacionales en el sentido de que ni siquiera las mayorías representadas en los parlamentos pueden adoptar ningún tipo de legislación que sea contraria a su vigencia. De esta forma, ninguna mayoría legislativa podría decidir, por ejemplo, la condena de un inocente o la privación de los derechos de una minoría, y tampoco podría dejar de decidir las medidas necesarias para que a una persona le sea asegurada su subsistencia en condiciones de dignidad.²³ Por tanto, la democracia no solo se limita a responder a las preguntas de *quién* decide —los parlamentos— y del *cómo* se decide —procedimiento establecido para la toma de decisiones—, sino también sobre el *qué* se decide, que en el caso de los derechos humanos como valores fundamentales pactados por la sociedad, no pueden ser desnaturalizados por ninguna ley, aun a pesar de que la misma sea adoptada por el órgano correspondiente y siguiendo las normas de procedimiento establecidas.²⁴

²² Para un análisis al respecto, véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pról. de Luigi Ferrajoli, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004. También remito a mis trabajos, Mejía R., Joaquín A., *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, pról. de Felipe González, México, IIDH-Centro de Estudios de Actualización en Derecho-Editorial UBIJUS, 2015; Mejía R., Joaquín A., *Aportes teóricos para promover los derechos sociales desde el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, pról. de Ricardo García Manrique, Tegucigalpa, Editorial San Ignacio, 2012; Mejía R., Joaquín A., *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito convencional de la ONU*, pról. de Francisco Quintana, Tegucigalpa, Editorial San Ignacio, 2011.

²³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pról. de Norberto Bobbio, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., 6ª ed., Madrid, Trotta, (1995), 2004, p. 865.

²⁴ Ferrajoli, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 104.

Por ello es que en la cultura jurídico-política contemporánea, la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos se han constituido en los elementos esenciales de legitimación y deslegitimación de cualquier poder, y entre ellos mantienen una relación triádica que les permite a cada uno definirse, completarse y adquirir sentido en función de los otros,²⁵ por lo que es muy difícil encontrarnos con algún gobierno que no se autodefiniera como democrático y que no contemple dentro de su discurso y sus prioridades —aunque sea de manera formal— la defensa de los derechos humanos de la población.

En consecuencia, las constituciones, ubicadas en el más alto nivel del ordenamiento jurídico, tienen un carácter normativo que vincula y limita el accionar de todos los poderes públicos y, por tanto, los mismos quedan sometidos, por un lado, al respectivo control de constitucionalidad de sus actos por parte de un poder judicial independiente e imparcial, y por otro, al escrutinio público de personas y comunidades, organizadas o no, para asegurar a través del voto, de la manifestación pública y pacífica en el marco del derecho a la libertad de asociación y expresión, la efectiva garantía de todos los derechos humanos.

Pero además, se debe tomar en cuenta el avance del derecho internacional de los derechos humanos y su interrelación con el derecho interno que ha provocado un fuerte impacto en el ámbito interno de los Estados. Por un lado, se ha erosionado la noción tradicional del principio de soberanía, pues con la adopción de los instrumentos internacionales de derechos humanos, un Estado ya no puede tratar a su arbitrio a las personas sujetas a su jurisdicción, en tanto que su protección ha dejado de ser solo un asunto nacional y se ha constituido en una cuestión esencialmente internacional.²⁶

Por otro lado, el derecho internacional de los derechos humanos ha venido a fortalecer la protección de la persona humana

²⁵ Corte IDH, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/1987, 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8, párr. 26.

²⁶ Truyol y Serra, Antonio, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 29.

ofrecida por el derecho interno, particularmente a través del derecho constitucional, razón por la cual este le dispensa un tratamiento especial que se refleja en la forma en que es incorporado, en su ubicación jerárquica y en su aplicación directa en el ámbito nacional.²⁷ En este sentido, se ha generado un nuevo sistema de fuentes de interpretación del derecho que ha innovado el escenario del derecho constitucional al elevar los parámetros del control de constitucionalidad a un bloque de convencionalidad, rompiendo la tradición dogmática de interpretación literal de la ley por parte de los órganos de justicia, para que estos se acerquen a una interpretación en torno al principio *pro homine* y a la tutela de los derechos humanos.²⁸

Bajo esta lógica, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por los Estados y la jurisprudencia emanada de los órganos supranacionales con competencia para interpretar tales instrumentos, se incorporan a nuestras constituciones a través de las cláusulas abiertas (p. ej., art. 1 de la Constitución mexicana, art. 63 de la Constitución hondureña) y complementan los derechos expresamente contenidos en los textos constitucionales. Teniendo en cuenta que los tratados internacionales tienen rango constitucional y supralegal, y son de aplicación directa e inmediata, el impacto de la interrelación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional es fundamental en la manera en que debe realizarse la interpretación y la práctica constitucional en nuestros países. Por tanto, la consolidación del valor normativo de la Constitución permite afirmar que lo que los autores clásicos llamaron “imperio de la ley”, en el Estado de derecho actual es “imperio de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos”.

²⁷ Para un análisis al respecto puede consultarse Mejía R., Joaquín A, *Una mirada a la justicia constitucional hondureña desde la óptica de los derechos humanos*, Tegucigalpa, Editorial San Ignacio-Editorial Guaymuras, 2012, con la colaboración de Omar Menjívar y Víctor Fernández.

²⁸ Jinestas, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Santiago de Querétaro, Fundap, 2012, p. 270.

1.4.2. La división o separación de poderes

Esta exigencia constituye el resultado histórico de la lucha contra el absolutismo del *Ancien Régime* para evitar la concentración del poder. Para ello, se consolida un sistema de equilibrios entre los tres poderes del Estado mediante el mutuo control y limitación, especialmente en lo que se refiere a la garantía de los derechos humanos. Así, en términos generales, el poder legislativo crea las leyes que los poderes ejecutivo y judicial aplican y ejecutan en sus áreas respectivas, el poder judicial se encarga de la administración de justicia, y el poder ejecutivo se constituye en el administrador general del Estado.

Si bien es cierto, existe una relativa primacía del poder legislativo como *creador* del derecho, ello no implica que sea un poder ilimitado, pues está condicionado por: a) la Constitución, que a su vez le otorga al poder judicial la función de velar por la garantía de la constitucionalidad de las leyes que dicho poder crea, y b) el propio sistema democrático que permite la crítica de la opinión pública mediante el ejercicio de los derechos de libertad de expresión, manifestación pacífica, libertad de prensa, etc., que se constituyen en una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática y que son esenciales para hablar de un auténtico Estado de derecho.²⁹

Dentro de este marco, nuestras constituciones establecen la forma de gobierno republicana, democrática y representativa, ejercida por tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, todos ellos complementarios e independientes y sin relaciones de subordinación, lo cual significa que ni el poder ejecutivo ni el poder judicial pueden ser considerados legisladores en sentido estricto y formal, y que ni el poder legislativo ni el poder ejecutivo pueden juzgar ni inmiscuirse indebidamente en la función judicial. Es importante matizar que el principio de separación de poderes no debe entenderse como si los tres poderes no tuvieran ningún tipo de relaciones de cooperación entre ellos, todo lo contrario, al distribuirse y dividirse las funciones del Estado, se

²⁹ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/1987, 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párr. 70.

necesita de una serie de relaciones y controles recíprocos para llevar a buen término la finalidad misma del Estado de derecho, es decir, el pleno desarrollo de la dignidad humana. La importancia de esta limitación recíproca radica en que se constituye en una garantía frente a todo tipo de absolutismo.

Indudablemente, la independencia del poder judicial constituye un elemento irremplazable en este modelo de Estado, pues requiere que la administración de justicia se realice a través de un sistema procesal regular, ordenado y coherente, y que garantice adecuadamente la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. Este punto es, en efecto, central para comprobar si existe o no un genuino Estado de derecho, pues cuando faltan las garantías procesales, cuando los detenidos y procesados no son respetados, cuando hay amplias zonas de la actividad pública fuera del control judicial, cuando hay injerencia política en las decisiones judiciales, cuando existe una amplia discrecionalidad de los poderes públicos, etc., puede afirmarse que no existe un auténtico Estado de derecho,³⁰ dado que si el sistema de administración de justicia no se constituye en una garantía de total imparcialidad, eficiencia y buen servicio, no se podrá lograr el fin por el que el Estado ha sido constituido y el pacto social consensuado, es decir, la preservación de la justicia y de la paz social, y como consecuencia, tampoco se podrá preservar la confianza de la ciudadanía en el imperio de la ley y en las instituciones democráticas.

Por tanto, el poder judicial tiene el papel fundamental de controlar la constitucionalidad de los actos estatales y declarar inconstitucionales e inconvencionales aquellos que contradigan la norma suprema y los tratados internacionales de derechos humanos. De ello se desprende la necesidad de contar con un sistema de justicia constitucional que asegure la supremacía de la Constitución y de los tratados. Obviamente, debido a la importancia del poder judicial tanto en el control de la constitucionalidad como en el control de convencionalidad,³¹ se requiere de

³⁰ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática...*, cit., pp. 46-48.

³¹ Para un análisis sobre el control de convencionalidad en la región, consúltense Mejía R., Joaquín A.; Becerra R., José de Jesús y Flores, Rogelio (coords.), *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*, Tegucigalpa, Editorial San Ignacio-Editorial Guaymuras, 2016.

jueces competentes, independientes e imparciales, pues la independencia de la judicatura, además de ser un derecho humano, es consecuencia esencial del principio de separación de poderes en una sociedad democrática y en un Estado de derecho.³²

Por tal razón, la legitimidad democrática de los jueces no está condicionada por el consenso del electorado, ya que el juez, para el correcto ejercicio de sus funciones de tutela de los derechos humanos, únicamente debe estar sometido a la Constitución, lo que implica que incluso sus decisiones, cuando se trata de garantizar tales derechos, pueden entrar en conflicto con las orientaciones de las mayorías (electorales).³³ En ese sentido, los límites y vínculos a la mayoría establecidos por la Constitución, es decir, la tutela de los derechos humanos y la sujeción de todos los poderes públicos a la ley (valores que son expresión del principio de igualdad), sumados al principio de independencia judicial, determinan el carácter democrático y garantista de la jurisdicción.

En ese orden de ideas, la naturaleza del poder judicial por sí sola es suficiente para explicar el carácter no consensual ni representativo de su legitimación y para fundar su independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría. Por tanto, debido a que la legitimidad del juicio reside en la garantía de imparcialidad del juzgador para determinar la verdad, dicha legitimidad no puede ni debe depender del consenso de la mayoría, “que, desde luego, no hace verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero”,³⁴ y consecuentemente, la misma se constituye en una garantía de la propia democracia y de los derechos humanos de la población.

³² Véase al respecto, CIDH, Séptimo informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, OEA/Ser. L/V/II.61. doc. 29, rev. 1, octubre de 1983, cap. IV; Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser. L/V/II.96. doc. 10, rev. 1, abril de 1997, cap. III; consúltese también, Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 54, párr. 112; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71, párr. 73; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, párrs. 129-130.

³³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 595.

³⁴ Ferrajoli, Luigi, “Jurisdicción y democracia...”, cit., pp. 3-6.

1.4.3. La legalidad de la Administración

La legalidad constituye una exigencia para que la Administración se someta a la Constitución y a las leyes, y esté controlada por un sistema de responsabilidad que asegure su accionar conforme a derecho. Para dicho fin, se establece un control jurisdiccional contra las posibles infracciones legales llevadas a cabo por los órganos de aquella. De este modo, en el Estado de derecho, a diferencia de lo que ocurría en el *Ancien Régime*, la actuación de la administración está fiscalizada jurídicamente a través de un sistema de recursos que pueden ser usados por los particulares contra las posibles infracciones legales administrativas. En ese sentido, la discrecionalidad de los poderes públicos es reducida y limitada por la ley y la Constitución, al contrario de lo que sucede en un Estado absolutista con amplios poderes discrecionales y sin ningún tipo de control jurisdiccional.³⁵

Por tanto, aunque la administración goce de cierta autonomía en el ámbito de sus competencias, tiene que ejercer sus funciones dentro de los parámetros de las leyes aprobadas por los parlamentos, y debe estar vinculada por la Constitución; de esta forma, el ejercicio de sus actuaciones puede ser objeto de *control político* por parte del poder legislativo y de *control jurídico* por parte del poder judicial, especialmente en lo referente a la constitucionalidad y convencionalidad de sus actuaciones, que deben enmarcarse dentro del respeto de los derechos humanos de la población.

1.4.4. La efectiva realización de los derechos humanos

El objetivo y la finalidad de todo Estado de derecho y de sus instituciones es lograr la garantía y plena efectividad de los derechos humanos, ya que los mismos representan el conjunto de valores más importantes para la sociedad, y por tanto, se constituyen en un elemento esencial del sistema de legitimidad institucional.

Una de las tesis centrales del contractualismo contemporáneo es la creación de una organización social —el Estado— que

³⁵ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática...*, cit., pp. 49-50.

promueva y proteja los valores y necesidades fundamentales de la comunidad, que una vez incluidas en las constituciones se constituyen en parámetros de legitimidad de todo el sistema político.³⁶ Por ello, con la incorporación de los derechos humanos en la Constitución, la actividad del Estado no se ve agotada en la garantía de una libertad formal, sino que busca la creación de un régimen que permita la satisfacción de esas necesidades sustanciales, lo cual “es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado”.³⁷ En ese sentido, el Estado y el derecho no son un hecho natural sino un fenómeno artificial y convencional, construido por los individuos para la tutela de sus necesidades y sus derechos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales.³⁸

De esta forma, las constituciones se constituyen en un sistema de reglas, formales y sustanciales, cuyos destinatarios son los titulares del poder, por lo que no representan únicamente el complemento del Estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, sino que también son un programa político para el futuro.³⁹ Consecuentemente, se puede decir que se pasa de un concepto formal de Estado de derecho a uno material, ya que la Constitución no se restringe a establecer límites estatales frente a la libertad del individuo, sino que ordena la vida de la comunidad conforme a principios materiales para que la libertad de la persona tenga un contenido real.⁴⁰

³⁶ Prieto Sanchís señala que bajo esta *concepción instrumental* del Estado y sus instituciones, su legitimidad descansa en la protección de los individuos, de sus derechos e intereses —tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales que procuran bienes materiales imprescindibles para todos—, Prieto Sanchís, Luis, “Derechos fundamentales”, en *Derechos fundamentales, constitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Paletstra Editores, 2002, pp. 19-20.

³⁷ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, pp. 35-36.

³⁸ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho...*, cit., pp. 172-173.

³⁹ *Ibidem*, p. 171.

⁴⁰ García Macho, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp. 122-123.

En virtud de lo anterior, cambia la base de legitimación política del Estado, pues este no solo tiene el deber de no empeorar las condiciones de vida de las personas sometidas a su jurisdicción, sino que también tiene el deber de mejorarlas. Lógicamente, esta doble obligación responde a la clase de bienes o necesidades asegurados por dos tipos de garantías: a) las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones, que “sirven para defender o conservar las condiciones naturales o pre-políticas de existencia” de las personas, como la vida y las libertades, y b) las garantías sociales o positivas que sirven para adquirir condiciones de vida dignas, como el trabajo, la salud, la vivienda o la educación.

Si analizamos nuestras constituciones, observamos que todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales juegan un papel esencial en las bases que sostienen la legitimidad del Estado, pues los mismos expresan la protección de la persona frente al poder público, los intereses de los débiles frente a los más fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes frente a las mayorías, y los intereses de las mayorías marginadas y empobrecidas frente a una minoría que concentra el poder político y económico.⁴¹

Por tanto, cuando el Estado cumple con su obligación de propiciar las condiciones para la plena realización de las personas mediante la efectiva realización de todos estos derechos reconocidos constitucionalmente, fomenta que exista una igualdad real en derechos, y con ello se mejora la calidad de la democracia y del Estado de derecho, y así, los derechos humanos se constituyen en técnicas a través de las cuales la igualdad formal y sustancial resulta asegurada o perseguida, ya que mientras los derechos civiles y políticos garantizan la igualdad formal o política, los derechos económicos, sociales y culturales posibilitan la igualdad sustancial o social. Los primeros tutelan las diferencias para las que promueven la tolerancia, por lo que son derechos a ser personas diferentes a las demás; las segundas remueven las desigualdades que se ven como intolerables, por lo que son derechos a ser personas iguales a las otras en las condiciones mínimas de vida y de dignidad.⁴² Por tal razón, el logro de la igualdad, tanto jurídica

⁴¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., pp. 862-864.

⁴² *Ibidem*, p. 907.

como económica y social, es lo que distingue en su contenido a un régimen democrático de uno no democrático.⁴³

Es consonancia con lo anterior, nuestras constituciones conciben a los derechos humanos como el orden y la base fundamental sobre la que descansa el Estado y sus instituciones, cuyas prácticas para ser legitimadas deben tratar de asegurar el respeto de la dignidad humana. Consecuentemente, el nivel de legitimidad de nuestros sistemas políticos no se encuentra únicamente en la normatividad y en el discurso, sino también en el impacto real que tales prácticas tienen en las relaciones sociales y en la vida diaria de la comunidad. De ello se desprende que aunque el reconocimiento normativo de una serie de presupuestos relativos a estos derechos es necesario, no es suficiente para concluir de forma contundente que un sistema político se encuentra legitimado, dado que también es fundamental acercarnos a la cotidianidad política y social para ratificar tal afirmación.

1.5. CONCLUSIONES

Nuestras constituciones han previsto que si la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado, es necesario garantizar su inviolabilidad a través de la garantía del goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social, mediante un sistema económico que se fundamente en principios de eficiencia en la producción y justicia social en la distribución de la riqueza, así como en la coexistencia armónica de los factores de la producción que hagan posible la dignificación del trabajo. Todo esto significa garantizar la igualdad en derechos y no solamente de los derechos civiles y políticos, sino también de los derechos económicos, sociales y culturales, pues en las condiciones actuales, las personas se enfrentan tanto a las amenazas provenientes de los propios poderes públicos como a las provenientes de los poderes privados, especialmente económicos, que en muchas ocasiones actúan bajo el amparo de los primeros.

⁴³ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad...*, cit., p. 221.

Por tal razón, para protegerse de los poderes públicos, nuestras constituciones han garantizado normativamente la división y el control de dichos poderes, sustrayendo de las mayorías legislativas coyunturales *todos* los derechos humanos, tanto los civiles y políticos que delimitan los espacios de no injerencia para las personas, como los económicos, sociales y culturales que además las protegen de los poderes privados, en virtud de lo cual, aparte de imponer controles al Estado, lo obligan a prestar ciertos bienes y servicios esenciales para la dignidad humana, y a ponerlos a salvo de los embates del mercado.⁴⁴

Sobre la base de todo lo anterior podemos afirmar que un verdadero Estado de derecho se caracteriza: *a*) en un plano formal, por el respeto del principio de legalidad, en virtud del cual todos los poderes públicos —legislativo, ejecutivo y judicial— están subordinados a las leyes y a la Constitución, en el sentido de que disciplinan sus formas de ejercicio, que a su vez están sometidas a control de legalidad por parte de jueces imparciales e independientes, y *b*) en un plano sustancial, por la funcionalización de dichos poderes al servicio de la promoción y protección de los derechos humanos establecidos en la Constitución.⁴⁵ Por ende, los derechos humanos desempeñan una función clasificatoria, ya que sin ellos no se puede hablar de Estado de derecho, y una función cualificadora, pues su presencia o ausencia sirve como elemento de examen de la legitimidad de cualquier Estado.⁴⁶

En ese orden de ideas, no hay duda de que los derechos humanos constituyen la razón de ser del Estado de derecho, dado que su falta o abusiva limitación impide su existencia “y favorece la implantación de un sistema político absolutista, arbitrario o totalitario”.⁴⁷ En consecuencia, para hablar de un auténtico Estado de derecho se requiere: *a*) el sometimiento del Estado a su propia legalidad en relación con la protección de la libertad real

⁴⁴ Pisarello, Gerardo, “Por un concepto exigente de Estado de derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, en *Sistema*, núm. 144, Madrid, 1998, pp. 102-103.

⁴⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 857.

⁴⁶ Ansuátegui, Francisco Javier, “Las definiciones del Estado de derecho y los derechos fundamentales”, en *Sistema*, núm. 158, Madrid, 2000, p. 107.

⁴⁷ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática...*, cit., pp. 54-55.

de las personas, y b) el control de los poderes privados a través, entre otras cosas, de la garantía de unos derechos económicos, sociales y culturales que protejan a los ciudadanos “de las desigualdades de hecho que el propio mercado, librado a su sola lógica, produce [... y que] dé un contenido real a las libertades civiles y políticas [que] permitan a todos y todas participar en la permanente elaboración del rumbo de la sociedad”.⁴⁸

Por tanto, si el Estado de derecho y la democracia son procesos abiertos y en constante evolución y perfeccionamiento para lograr proteger los valores primordiales de la comunidad, es inconcebible que en la actualidad cualquier Estado permanezca pasivo ante las desigualdades, puesto que la historia ya nos ha demostrado que las graves injusticias sociales y económicas en los dos últimos siglos no se han resuelto con la inhibición del Estado de los procesos económicos; desafortunadamente, cada vez es mayor la hegemonía del discurso neoliberal que postula y convence a cualquier precio que el Estado tampoco sirve para producir justicia social y bienestar general.⁴⁹

Sin embargo, si los poderes públicos se empeñan en desconocer que el Estado mismo se ha constituido con el fin de asegurar una sociedad justa, libre, culta y con bienestar económico y social, no habrá razón para la obediencia, dado que cuando se reduce la intervención y autonomía del Estado en todos los ámbitos de las relaciones políticas, sociales, culturales y económicas, se crea un escenario propicio para la regresión y la profundización del empobrecimiento y la frustración de las grandes mayorías, con su consecuente multiplicación y agravamiento de los conflictos sociales y las crisis políticas, y el estancamiento del proceso de democratización, lo cual revierte sobre el propio Estado y reduce su autoridad y su legitimidad.⁵⁰

⁴⁸ Pisarello, Gerardo, “Por un concepto exigente de Estado de derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”..., *cit.*, p. 106.

⁴⁹ López Calera, Nicolás María, *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 24, 30-31.

⁵⁰ Kaplan, Marcos, *El Estado latinoamericano*, México, IJ-UNAM, 1996, p. 274.

II. La protección internacional de los derechos humanos: de San Francisco a San José

2.1. INTRODUCCIÓN

En los sistemas político-jurídicos contemporáneos, el sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución y a las leyes supone el final del principio de soberanía entendido como poder absoluto que no reconoce a ningún otro poder superior y que puede crear, derogar o enmendar las leyes sin verse sometidos a ellas, puesto que dependen únicamente de su voluntad (*potestas legibus soluta et superior*). Así, el postulado de la omnipotencia del legislador y de la soberanía de los parlamentos se ha vuelto inconsistente frente a la nueva realidad que expresan los derechos humanos a través de los límites y vínculos que impone a todos los poderes.

En el ámbito internacional, la adopción de la Carta de la ONU en San Francisco, en 1945, y de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 (Declaración Universal), ha transformado al menos normativamente el orden jurídico mundial. La soberanía de los Estados, antes absoluta, ha quedado subordinada jurídicamente: *a)* al imperativo de la paz que se concreta en la prohibición de la guerra (preámbulo y arts. 1 y 2 de la Carta de la ONU) y en la consecuente supresión del *ius ad bellum* (derecho de hacer la guerra) como principal atributo de la soberanía externa, y *b)* al desarrollo y promoción del respeto a los derechos humanos de todas las personas, consagrados en la Declaración Universal y especificados en varios tratados internacionales adoptados

por un buen número de Estados.¹ De esta forma, los derechos humanos se han constituido en límites internos (constitucionales) y externos (supraestatales) a la potestad de los Estados.² En tal sentido, el reconocimiento de los derechos humanos implica una importante transformación del orden internacional, en la medida en que el clásico principio de la soberanía de los Estados se ve condicionado y limitado por el principio de la dignidad intrínseca de todo ser humano.³

Este proceso de humanización y socialización del derecho internacional que se da a partir de la segunda mitad del siglo xx, a través del reconocimiento de la dignidad humana, propició las condiciones favorables para considerar a las personas sujetos del derecho internacional como portadoras de los derechos que los Estados deben proteger.⁴ Este nuevo derecho de protección internacional de la persona humana ha desarrollado tres grandes vertientes: a) el derecho internacional humanitario, que protege a las personas en situaciones de conflicto armado; b) el derecho internacional de los refugiados, que protege los derechos humanos mínimos de los individuos que se ven forzados a salir de sus países de origen debido a fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, y c) el derecho internacional de los derechos

¹ Si bien la Carta de la ONU no menciona cuáles son esos derechos, la Declaración Universal y los dos pactos de 1966 —el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—, sí los detallan, y por eso se considera que estos instrumentos constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos.

² Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 144-145.

³ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie...*, cit., p. 16.

⁴ Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales...*, cit., p. 186. Este proceso le ha otorgado al individuo un cierto grado de subjetividad internacional para poder reclamar ante instancias internacionales por la violación de sus derechos —subjetividad activa—, así como la capacidad para sufrir las consecuencias de su responsabilidad por la violación del derecho internacional —subjetividad pasiva—.

humanos, que protege a las personas en todo tiempo y favorece su pleno desarrollo.⁵

A pesar de la diferencia en los medios de implementación y supervisión de estas tres vertientes, todas se complementan entre sí y, como se ha visto en la práctica, a veces se han aplicado simultáneamente, ya que el objetivo fundamental de las tres es proteger a la persona humana en todas las circunstancias. Quizá la diferencia más importante radica en que solo el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido el derecho de petición individual o denuncia por parte de individuos concretos; es decir, ante la violación de un derecho humano, la víctima o sus representantes pueden denunciar internacionalmente al Estado.

Además, con la incorporación del principio de la dignidad humana en el derecho internacional, se ha vuelto más evidente la diferencia entre el derecho internacional clásico, que regula las relaciones entre los Estados, y el derecho internacional de los derechos humanos, que promueve la protección de las personas frente al Estado y frente a otros individuos. En otras palabras, mientras que el primero tiene como destinatarios a los Estados, el segundo tiene como sujetos de protección a las personas; y así, los tratados internacionales concernientes a los derechos humanos están orientados, “más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de los derechos y libertades del ser humano”.⁶

En este sentido, los tratados de derechos humanos generan un tipo de obligaciones que cada Estado tiene frente a la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*). A diferencia de las clásicas obligaciones simples que solo generan una relación bilateral entre el Estado que incumple la obligación y el Estado lesionado por dicho incumplimiento, las obligaciones *erga omnes* tienen un carácter multilateral, en tanto que todos los Estados están interesados en que se respeten, por lo que pueden

⁵ Cançado Trindade, Antônio, A., *El derecho internacional de los derechos Humanos...*, cit., pp. 183-262.

⁶ Corte IDH, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, párr. 24.

exigir su observancia y, en su defecto, la responsabilidad internacional del Estado infractor en caso de su falta de cumplimiento.⁷

Las obligaciones *erga omnes* derivan de normas fundamentales que la totalidad de los Estados deben cumplir, pues constituyen principios elementales de la humanidad y de las “naciones civilizadas”.⁸ Tal como lo ha señalado el Instituto de Derecho Internacional, los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad humana, por lo cual, la obligación de los Estados de asegurar su respeto se desprende del propio reconocimiento de la misma que, como hemos visto, ya proclaman la Carta de la ONU y la Declaración Universal. Por tanto, esta “obligación internacional es de naturaleza *erga omnes*, ya que incumbe a todo Estado con respecto a la comunidad internacional en su conjunto y todo Estado tiene un interés jurídico en la protección de los derechos humanos. Esta obligación implica, además, un deber de solidaridad entre todos los Estados, con el fin de garantizar lo más rápidamente posible una protección universal y efectiva de tales derechos”.⁹

De esta forma, con la aprobación de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, se “ha roto el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, y lo ha

⁷ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, pp. 150-158; Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público...*, cit., pp. 42-46.

⁸ Al respecto véanse, entre otras resoluciones de la Corte Internacional de Justicia, (i) sentencia de 5 de febrero de 1970 relativa al *asunto de la Barcelona Traction* (Bélgica vs. España); (ii) sentencia de 9 de abril de 1949 relativa al *asunto del Estrecho de Corfú* (Reino Unido de Gran Bretaña vs. Albania); (iii) opinión consultiva de 18 de mayo de 1951, relativa a la Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio; (iv) opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la Licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Toda la información relativa a este órgano internacional (sentencias, opiniones consultivas, etc.), disponible en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/>

⁹ Institute of International Law, *The Protection of Human Rights and the Principle of Non-intervention in Internal Affairs of Status*, (Eighth Commission, Rapporteur: Mr. Giuseppe Sperduti), sesión de Santiago de Compostela, resolución de 13 de septiembre de 1989, art. 1.

sustituido por otro nuevo: por el principio de que la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales constituye una cuestión esencialmente internacional”.¹⁰ Dada la importancia de los derechos humanos en el marco del derecho internacional contemporáneo, la comunidad internacional se ha organizado de tal manera que ha creado sistemas de protección para darle efectividad a los mismos. Estos sistemas de protección pueden ser de tipo universal y regional. En el primer tipo se encuentra el sistema de la ONU y, en el segundo, el Sistema Interamericano, el Sistema Europeo y el Sistema Africano de Derechos Humanos. Todos ellos están formados por dos componentes esenciales: los instrumentos de protección y los órganos de protección.

Los instrumentos de protección constituyen el marco normativo donde se reconocen los derechos humanos que los Estados se comprometen a garantizar dentro de sus respectivas jurisdicciones, y sus normas pueden ser *convencionales*, entre las que se encuentran los pactos, los tratados, las convenciones, las cartas y los protocolos, cuya particularidad radica en su carácter vinculante para los Estados que son parte en ellas; y *no convencionales*, compuestas por un número elevado de declaraciones, principios, reglas, resoluciones, etc., que no poseen los atributos jurídicos de las normas convencionales, pero cuentan con una fuerza política persuasiva muy importante.¹¹

Los mecanismos de protección están constituidos por diversos órganos que han sido establecidos para vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los instrumentos de protección. La mayoría de estos mecanismos han sido creados en virtud de tratados internacionales —por lo que se les denomina mecanismos convencionales de protección—, y están compuestos por expertos independientes con el mandato de velar que los Estados parte cumplan con las obligaciones consagradas en tales instrumentos. En el marco de la ONU también existen otros mecanismos que tienen orígenes y desarrollos distintos a los convencionales, y por eso se les conoce como mecanismos extra-

¹⁰ Truyol y Serra, Antonio, *Los derechos humanos...*, cit., p. 29.

¹¹ Levin, Leah, *Derechos humanos: preguntas y respuestas*, Bilbao, Ediciones UNESCO-Bakeaz, 1999, p. 10.

convencionales de protección. Para los efectos de este trabajo, nos enfocaremos en examinar el sistema de protección universal de la ONU y el sistema regional americano.

2.2. EL SISTEMA UNIVERSAL DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como hemos dicho, en el ámbito de la ONU existen dos sistemas de protección de los derechos humanos. Por un lado, el sistema convencional que ha sido consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos, y por otro, el sistema extraconvencional, cuya base jurídica descansa sobre otros instrumentos jurídicos diferentes de los tratados, especialmente resoluciones adoptadas en el marco del Consejo Económico y Social (Ecosoc).

2.2.1. El sistema extraconvencional de protección

En virtud del artículo 68 de la Carta de la ONU, el Ecosoc, a través de la Resolución 9 (II) del 21 de mayo de 1946, estableció la antigua Comisión de Derechos Humanos —hoy Consejo de Derechos Humanos—,¹² con el objetivo de examinar la situación y los problemas sobre derechos humanos en el mundo, desarrollar y codificar nuevas normas internacionales y vigilar la observancia de tales derechos por parte de los Estados.

A partir de ese momento, miles de personas le dirigieron peticiones alegando violaciones de sus derechos y solicitaron la intervención de la ONU como instancia de protección interna-

¹² Mediante la resolución 60/251, 15 de marzo de 2006, el Consejo sustituyó a la Comisión como órgano subsidiario de la Asamblea General de la ONU. Y mediante la resolución 5/1, el Consejo creó el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos en sustitución de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Toda la información relativa al Consejo y sus mecanismos disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/>

cional. No obstante, como la Carta y la Declaración Universal no reconocen a las personas un derecho de petición ante los órganos de la ONU, entre 1967 y 1970 el Ecosoc aprobó las resoluciones 1235 y 1503, que establecen mecanismos de protección basados en tales instrumentos, sobre lo cual volveremos más adelante.

Por tanto, el fundamento jurídico del sistema extraconvencional deriva de las competencias generales de la ONU en materia de derechos humanos establecidas en la Carta de la organización y en la Declaración Universal, y sus mecanismos de protección son creados por resoluciones de los órganos competentes y no por tratados específicos de derechos humanos. Este sistema comprende procedimientos que permiten al Consejo de Derechos Humanos (el Consejo) examinar posibles violaciones de los derechos humanos fuera del marco convencional; es decir, de los tratados internacionales ratificados por los Estados parte.

El Consejo es un órgano intergubernamental compuesto por 47 Estados elegidos de forma directa e individual, en votación secreta, por la mayoría de los miembros de la Asamblea General de la ONU, y su responsabilidad consiste en fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos en el mundo. Para cumplir con dicha función, el Consejo cuenta con varios mecanismos de protección.

Un primer mecanismo es la realización de un examen periódico universal sobre el cumplimiento de las obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de cada uno de los 192 Estados miembros de la ONU. En la resolución 60/251 de la Asamblea General que creó al Consejo, se decidió que este realizara dicho examen con el objetivo de proporcionar a cada Estado la posibilidad de demostrar, una vez cada cuatro años, que ha tomado acciones concretas para mejorar la situación de los derechos humanos en su respectiva jurisdicción.

El propio Consejo, mediante la resolución 5/1, de 18 de junio de 2007, estableció formalmente este nuevo mecanismo, en el que permite la participación activa de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, nacionales e internacionales, lo cual abre un abanico de oportunidades para transmitir al Consejo información relevante sobre la materia, que muchas

veces los Estados omiten suministrar en sus informes oficiales. En términos generales, el examen del informe periódico de un Estado es realizado por un Grupo de Trabajo integrado por los 47 Estados miembros del Consejo, cuyo resultado se presenta a través de un informe que consiste en un resumen de las actuaciones del proceso del examen, las conclusiones o recomendaciones hechas al Estado y los compromisos asumidos por este.¹³

El examen realizado por el Consejo se basa en: a) la información suministrada por el propio Estado examinado; b) una compilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) de la información contenida en los informes de los órganos de tratados, los procedimientos especiales y otros documentos oficiales pertinentes de la ONU, y c) la información creíble y fidedigna adicional que proporcionen otros interlocutores —como las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos—, que también deba considerar el Consejo en el examen y que será resumida y presentada por la OACNUDH.

Antes de que el Pleno del Consejo apruebe y publique el resultado del examen, el Estado examinado tiene la oportunidad de presentar sus argumentos o respuestas a las cuestiones que no se trataron suficientemente en el proceso, y las organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos también tienen

¹³ Sobre el nuevo Consejo de Derechos Humanos véase, Ochoa Ruiz, Natalia y Salamanca Aguado, Esther, “El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: un análisis preliminar”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12, 2006, pp. 1-27; Villán Durán, Carlos, “Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12, 2006, pp. 1-11; Varón Mejía, Antonio, “De la Comisión al Consejo de Derechos Humanos: fortalecimiento de los mecanismos de protección de derechos humanos o profundización de la politización”, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 10, núm. 1, Bogotá, Colombia, ene-jun, 2008, pp. 129-157; Weschler, Joanna, “Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas: avances y retrocesos en la creación de su diseño institucional”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, 2008, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago de Chile, pp. 129-137; Halperin, Morton y Orentlicher, Diane, “El nuevo Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 2007, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago de Chile, pp. 113-120.

la oportunidad de hacer observaciones generales antes de que el Pleno adopte dicho resultado.¹⁴

Un segundo mecanismo de protección son los procedimientos permanentes —el procedimiento 1253 y el procedimiento 1503—, mediante los cuales los individuos y organizaciones pueden presentar ante el Consejo denuncias sobre violaciones a los derechos humanos. El procedimiento 1235, adoptado mediante la resolución 1235 (LXII), de 1 de enero de 1967, introdujo una modalidad por la que las comunicaciones o denuncias individuales son consideradas por el Consejo de manera pública; es decir, mediante la convocatoria de un debate público relativo a las graves violaciones de los derechos humanos denunciadas. A su vez, el Consejo tiene la potestad de decidir el establecimiento de un órgano especial de investigación sobre tales hechos, sin que requiera el consentimiento del Estado denunciado. En definitiva, con esta publicidad se pretende que el Estado tome las medidas tendentes a revertir la situación de violación a los derechos humanos para evitar ser criticado públicamente y ser deslegitimado políticamente.

El procedimiento 1503 fue establecido en virtud de la resolución 1503 (XLVIII) del Ecosoc con fecha 27 de mayo de 1970 y tiene un carácter confidencial. Mediante este, el Consejo actúa cuando recibe algún informe que muestre patrones persistentes de violaciones graves a los derechos humanos, como el genocidio, el *apartheid*, la discriminación racial y étnica, la tortura, los desplazamientos forzados y el encarcelamiento masivo sin juicio alguno. Aunque con este procedimiento el Consejo también puede establecer un órgano especial de investigación sobre supuestas violaciones a los derechos humanos, requiere el consentimiento del Estado implicado para realizar tales investigaciones. A su vez, el Consejo cuenta con un amplio margen para decidir cómo manejar determinada situación y qué acciones emprender una vez finalizada la averiguación correspondiente. Pese a la confidencialidad de este procedimiento, desde 1978 el presidente del Consejo (antigua Comisión) publica la lista de países que han

¹⁴ Sobre las directrices técnicas en relación con la presentación de información por parte de los actores interesados, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/NoteNHRISSP.aspx>

sido objeto de examen por parte de este órgano, lo cual constituye, aunque con limitaciones, una herramienta para ejercer mayor presión política sobre tales Estados.¹⁵

Ambos procedimientos son considerados uno de los grandes aportes de la antigua Comisión de Derechos Humanos, pero con la sustitución de esta por el Consejo, surgieron preocupaciones sobre su continuidad, ya que una de las atribuciones del Consejo es asumir, examinar y, cuando sea necesario, perfeccionar y racionalizar “todos los mandatos, mecanismos, funciones y responsabilidades de la Comisión de Derechos Humanos a fin de mantener un sistema de procedimientos especiales, asesoramiento especializado y un procedimiento de denuncia”.¹⁶ No obstante, durante el primer año de su funcionamiento, el Consejo actualizó estos procedimientos pero mantuvo básicamente los mismos términos que ya existían en tiempos de la Comisión.

En términos generales, el Consejo: a) ha matizado los criterios de admisibilidad de las denuncias presentadas en el marco de estos procedimientos; b) ha establecido el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones y el Grupo de Trabajo sobre las Situaciones; c) ha permitido mayor acceso a la información procesal, pese al mantenimiento de la confidencialidad; d) ha establecido plazos, tanto para que el Estado presente la información solicitada como para que el Consejo decida sobre la situación; e) ha abierto la posibilidad de solicitar que la identidad del denunciante no sea informada al Estado; f) ha incluido la posibilidad de recomendar a la OACNUDH que apoye al Estado investigado por medio de asistencia técnica, y g) se reduce la amplitud, conservando la flexibilidad y añadiendo más objetividad en la selección de los asuntos verdaderamente importantes.¹⁷

¹⁵ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos...*, cit., pp. 121-123.

¹⁶ Resolución 60/251 de 15 de marzo de 2006, punto 6.

¹⁷ Viegas-Silva, Marisa, “El nuevo Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: algunas consideraciones sobre su creación y su primer año de funcionamiento”, en *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 12, Bogotá, Colombia, Edición Especial 2008, pp. 54-56.

La siguiente tabla comparativa nos muestra algunas características propias de cada uno de los procedimientos:

<i>Procedimiento 1503</i>	<i>Procedimiento 1235</i>
Es confidencial	Es público
Criterios de admisibilidad rigurosos	Criterios de admisibilidad flexibles
Fuentes de información limitadas	Amplitud en las fuentes de información
Obligatoriedad del acuerdo del Estado interesado para someterse a este procedimiento	La Comisión decide por mayoría simple la creación de un mandato y de un órgano subsidiario
No existe límite de tiempo	Son mandatos temporales

Un tercer mecanismo de protección que generalmente se utiliza cuando, a pesar de los procedimientos anteriores, persisten las graves violaciones a los derechos humanos, es el sistema de procedimientos especiales mediante los cuales el Consejo investiga las situaciones concretas en los países o cuestiones temáticas en todo el mundo. Estos pueden estar integrados por una persona (denominada “relator especial”, “representante especial del secretario general”, “representante del secretario general” o “experto independiente”), o por un Grupo de Trabajo compuesto por lo general de cinco miembros (uno de cada región del mundo).

Los mandatos de los procedimientos especiales encomiendan a sus titulares a examinar, supervisar, prestar asesoramiento e informar públicamente sobre las situaciones de derechos humanos en países o territorios específicos, o sobre los principales problemas de violaciones de derechos humanos a escala mundial. Entre las actividades que realizan, podemos mencionar la de dar respuesta a las denuncias individuales, realizar estudios, prestar asesoramiento en materia de cooperación técnica en los países y participar en las actividades generales de promoción de los derechos humanos. Actualmente hay 41 mandatos temáticos y 14 mandatos por país, los cuales cuentan con el apoyo de la OACNUDH, quien les facilita el personal y el apoyo logístico y de investigación necesarios para el desempeño de sus mandatos.

2.2.2. El sistema convencional de protección

El sistema de protección convencional está constituido por un importante número de instrumentos internacionales, de los cuales nueve son considerados el núcleo duro: los de carácter general, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y los de carácter específico, que protegen ciertas categorías de personas o frente a determinados hechos ilícitos, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (en adelante la CDN, la CCT, la CEDM, la CDR, la CTM, la CDPD y la CIDE, respectivamente).¹⁸

Algunos de estos tratados han sido complementados por protocolos relativos a cuestiones específicas, como el Protocolo Facultativo del PIDCP que permite al Comité de Derechos Humanos (CDH) conocer denuncias individuales; el Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP, destinado a abolir la pena de muerte; el Protocolo Facultativo de la CEDM; el Protocolo facultativo de la CDN relativo a la participación de niños en los conflictos armados; el Protocolo facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; el Protocolo facultativo de la CCT; el Protocolo facultativo de la CDPD; y el Protocolo Facultativo del PIDESC.

¹⁸ Para efectos de este apartado, solo nos referiremos a los instrumentos de tipo convencional; ejemplos de instrumentos no convencionales lo constituyen las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, los principios básicos sobre la función de los abogados, los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, entre otros.

Como en el ámbito internacional no existe una codificación en materia de procedimientos de control, ya que no hay normas de derecho internacional general al respecto, sino solo normas particulares contenidas fundamentalmente en los respectivos tratados internacionales,¹⁹ cada uno de estos tratados establece la creación de un órgano de control formado por expertos independientes. La función principal de estos es garantizar el cumplimiento de las obligaciones estatales derivadas de esos instrumentos, a través de diversos mecanismos, que van desde: *a)* observaciones generales; *b)* informes estatales periódicos; *c)* denuncias presentadas por víctimas individuales o grupales; *d)* comunicaciones interestatales, o *e)* investigaciones de oficio sobre violaciones de derechos humanos generalizadas o sistemáticas.

Con base en la tabla anterior podemos identificar, por lo menos, tres funciones de los órganos de control: *a)* la función creativa, en el sentido de aclarar y desarrollar los estándares normativos que se han de aplicar; *b)* la función verificadora o examinadora, es decir, evaluar el grado en que los Estados actúan de conformidad con las obligaciones derivadas de los tratados, y *c)* la función correctiva, en el sentido de tomar las medidas preventivas o correctivas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones estatales.²⁰

No obstante, hay que resaltar que de los nueve grandes tratados, solo ocho contemplan en su texto la creación de los respectivos órganos de control para vigilar el cumplimiento de los derechos en ellos contenidos;²¹ el PIDESC es el único que no sanciona en su texto la creación de un órgano de supervisión especial, sino que solo establece que los Estados se comprometen a presentar

¹⁹ Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho internacional público: parte general*, 4ª ed. rev., Madrid, Trotta, 2005, p. 465.

²⁰ Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 31.

²¹ *a)* El CDH, creado en virtud del art. 28 del PIDCP; *b)* el CDN, establecido en virtud del art. 43 de la CDN; *c)* el CCT, creado en virtud del art. 7 de la CCT; *d)* el CEDM, establecido en virtud del art. 17 de la CEDM; *e)* el CEDR, creado en virtud del art. 8 de la CDR; *f)* el CTM, establecido en virtud del art. 72 de la CTM; *g)* el CRPD creado en virtud del art. 34 de la CDPD, y *h)* el CED, establecido en virtud del art. 26 de la CIDF.

una serie de informes al secretario general de la ONU, quien a su vez debe transmitir las copias respectivas al ECOSOC para su evaluación. Afortunadamente, el artículo 68 de la Carta de la ONU faculta al ECOSOC para establecer las “comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones”, por lo que, con base en ello, el 28 de mayo de 1985 creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con el objeto de llevar a cabo las funciones de vigilancia que se le asignan al ECOSOC en la parte IV del PIDESC.²²

Una de las herramientas fundamentales que ofrece la mayoría de los comités es la relacionada con su función de recibir denuncias presentadas por víctimas individuales o grupales. Para analizarla, tomaré como ejemplo el procedimiento establecido en el protocolo facultativo del PIDCP sobre la competencia del CDH. El PIDCP forma parte de lo que se conoce como la Carta Internacional de Derechos Humanos, compuesta además por la Declaración Universal y el PIDESC. El PIDCP fue adoptado por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. En virtud del artículo 2.1 del PIDCP, los Estados parte se comprometen a *respetar y garantizar* a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción, los derechos reconocidos en dicho instrumento, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El PIDCP está dividido en seis partes; en las primeras tres se reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos (art. 1); el derecho a la no discriminación (art. 2.1); el derecho a un recurso efectivo (art. 2.3); el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres (art. 3); el derecho a la vida (art. 6); el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio (art. 8); el derecho a la libertad y

²² Economic and Social Council, resolution 1985/17. Review of the composition, organization and administrative arrangements of the Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. 22nd plenary meeting, 28 de mayo de 1985.

a la seguridad personales (art. 9); el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada humanamente (art. 10); el derecho a no ser encarcelado por no cumplir obligaciones contractuales (art. 11); el derecho a circular libremente por el país en donde la persona se halle legalmente (art. 12); el derecho de los extranjeros que se encuentren legalmente en un país a no ser expulsados por causas no conformes con la ley (art. 13); el derecho a las debidas garantías judiciales (art. 14); el derecho a la no retroactividad de la ley penal, salvo cuando beneficie a la persona inculpada (art. 15); el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 16); el derecho a la no injerencia arbitraria e ilegal en la vida privada, familia, domicilio y correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación (art. 17); el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18); el derecho a la libertad de expresión (art. 19); el derecho de reunión pacífica (art. 21); el derecho a asociarse libremente (art. 22); el derecho a la protección de la familia (art. 23); el derecho a la protección de la niñez (art. 24); los derechos políticos (art. 25); el derecho a la igualdad ante la ley (art. 26), y los derechos culturales (art. 27).

Para asegurar que los Estados cumplan con la doble obligación de *respetar* y *garantizar* tales derechos, el artículo 28 del PIDCP consagra la creación del CDH, formado por 18 expertos independientes que, con la entrada en vigor del Primer Protocolo Facultativo al PIDCP en 1976, es competente para recibir y considerar comunicaciones de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte y que aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos enunciados en tal instrumento. En este sentido, el CDH supervisa la aplicación del PIDCP mediante el examen de: *a*) informes periódicos que los Estados parte deben presentar ante él —un informe un año después de que el Estado se haya adherido al PIDCP y luego cada cuatro años—, sobre los cuales el CDH realiza las recomendaciones pertinentes en forma de observaciones finales; *b*) denuncias entre los Estados parte —comunicaciones interestatales—, y *c*) denuncias de los particulares sobre posibles violaciones del PIDCP por parte de un Estado que ha ratificado el Primer Protocolo Facultativo.

En relación con las denuncias de particulares, el Primer Protocolo Facultativo establece que cualquier persona, cuyos derechos reconocidos en el PIDCP hayan sido violados en un Estado

parte, puede presentar una comunicación al CDH, siempre que haya agotado todos los recursos internos. En términos generales, el procedimiento establecido es similar al del resto de comités creados en virtud de los tratados. Así, para presentar una denuncia ante el CDH y que sea admitida por este, es preciso que la denuncia de las víctimas no esté siendo examinada por otra instancia internacional y que hayan agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, salvo cuando la tramitación de tales recursos se prolongue injustificadamente. Cuando un Estado alegue que estos no se han agotado, entonces la carga de la prueba recae sobre él y no sobre las víctimas.

Una vez que el CDH declara admisible la comunicación o denuncia, pasa a examinar el fondo del asunto; para ello, envía al Estado denunciado las partes pertinentes de la misma, para que en un plazo de seis meses informe al CDH al respecto, aclarando los hechos e indicando las medidas adoptadas para reparar la situación. De la misma manera, la víctima o su representante tienen la posibilidad de enviar información adicional al CDH, que puede permitir réplicas y contrarréplicas de las partes, hasta que considere que tiene toda la información necesaria para tomar una decisión. También, si el CDH lo considera oportuno, puede invitar a las partes, juntas o por separado, a las reuniones que celebre a puerta cerrada para que aclaren algunas cuestiones del fondo del asunto.

En cualquier momento del procedimiento, y antes de adoptar una decisión sobre la denuncia, el CDH puede solicitar al Estado denunciado que adopte las medidas necesarias para evitar posibles daños irreparables a la víctima. Una vez que el CDH ha examinado toda la información que las partes han puesto a su disposición, formula sus opiniones finales, las transmite a las partes e invita al Estado a que le informe sobre las medidas que adoptará en relación con dicha opinión. Esencialmente, estas opiniones representan una decisión sobre el fondo de la comunicación o denuncia, pero su naturaleza jurídica todavía es una cuestión de cierta ambigüedad, ya que no existe consenso sobre su obligatoriedad; aunque el CDH, en un par de casos, ha señalado que sus opiniones finales son jurídicamente vinculantes.²³

²³ Davidson, Scott, "Procedure under the Optional Protocol", en Conte, Alex; Davidson, Scott y Burchill, Richard, *Defining civil and political rights*.

Finalmente, cuando el CDH encuentra que un Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales respecto de alguno de los derechos reconocidos en el PIDCP, le requiere para que tome las medidas necesarias para remediar la situación, lo cual puede incluir la modificación de alguna ley interna o la reparación de las víctimas. Para asegurar que el Estado cumpla con tales medidas, el CDH ha desarrollado varios procedimientos de seguimiento, como el nombramiento de un relator especial que monitoree el cumplimiento de las medidas y requerir al Estado que en sus informes periódicos indique las medidas que ha adoptado para dar efecto a las decisiones del CDH.²⁴

2.3. EL SISTEMA INTERAMERICANO: INSTRUMENTOS Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN

El Sistema Interamericano se caracteriza por su doble estructura institucional, que se deriva de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA)²⁵ y de la Convención Americana;²⁶ en tal sentido, está constituido por una serie de instrumentos de protección encabezados por la Carta de la OEA, que proclama los “derechos fundamentales de la persona humana” como uno de los principios en que se funda la organización; la Declaración Americana;²⁷ el Pacto de San José; el Protocolo de San Salva-

The jurisprudence of the United Nations Rights Committee, Hants, Inglaterra, Ashgate-Aldershot, 2004, pp. 28-29.

²⁴ *Idem*. Para un panorama general de los procedimientos establecidos en el marco convencional y extraconvencional de la ONU para la protección de los derechos humanos, véase United Nations High Commissioner for Human Rights, *Working with the United Nations Human Rights Programme. A handbook for civil society*, Nueva York y Ginebra, United Nations Human Rights-Office of the High Commissioner for Human Rights, 2008.

²⁵ Suscrita el 30 de abril de 1948 y en vigor desde el 13 de diciembre de 1951. Ha sido objeto de cuatro reformas introducidas por el Protocolo de Buenos Aires (1967), el Protocolo de Cartagena de Indias (1985), el Protocolo de Washington (1992) y el Protocolo de Managua (1993).

²⁶ Adoptada el 21 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978.

²⁷ Adoptada el 2 de mayo de 1948, siete meses antes de la adopción de la Declaración Universal.

dor²⁸ y otros instrumentos de carácter más específico, como el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará”, entre otros. A la vez, existen dos órganos especiales encargados de vigilar el cumplimiento de los derechos reconocidos en tales instrumentos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuyas funciones y facultades analizaremos más adelante.

En este sistema regional hay niveles de protección referidos al grado de compromiso asumido por los Estados americanos. Así: *a)* hay algunos Estados que solo son signatarios de la Declaración Americana y, respecto de ellos, la CIDH actúa con base en dicho instrumento y en la Carta de la OEA (nivel de compromiso *débil*); *b)* otros Estados han ratificado la Convención Americana, pero no han aceptado la competencia de la Corte IDH, por lo que la CIDH actúa en aplicación de la CADH (nivel de compromiso *medio*), y *c)* hay ciertos Estados, como México y Honduras, que han ratificado el Pacto de San José y también han aceptado la competencia de la Corte, por lo que sus actuaciones son objeto de vigilancia tanto por esta como por la CIDH (nivel de compromiso *fuerte*). Aunque cada Estado tiene la libertad de asumir los compromisos que estime convenientes, es evidente que la diferenciación en los niveles de compromiso debilita al Sistema Interamericano en el sentido de la falta de uniformidad en las obligaciones, lo que constituye una situación de desigualdad de condiciones entre los Estados.²⁹

²⁸ Adoptado el 17 de noviembre de 1988, y en vigor desde el 16 de noviembre de 1999.

²⁹ Treinta y cinco Estados han ratificado la Carta de la OEA y pertenecen a la Organización; veinte han ratificado la Convención Americana y aceptado la competencia de la Corte IDH; tres países han ratificado la Convención

También cabe resaltar que, contrario a lo que ha sucedido con otras organizaciones o sistemas internacionales, la creación del Sistema Interamericano no tuvo una base convencional, es decir, no estuvo apoyada en un tratado, sino en simples resoluciones de conferencias internacionales, con lo cual existía un permanente peligro de que todo el sistema pudiera ser cambiado o modificado mediante otras resoluciones.³⁰ Fue hasta la IX Conferencia Internacional Americana de 1948 celebrada en Bogotá que se superó tal debilidad, mediante la adopción de la Carta de la OEA, cuyas reformas solo pueden ser adoptadas en una Asamblea General convocada para tal efecto, entrando en vigor hasta que los dos tercios de los Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de aceptación de las mismas (arts. 140 y 142 de la Carta de la OEA).

Aunque la Carta de la OEA solo contiene unas pocas referencias a los derechos humanos,³¹ el paso institucional más decisivo que los Estados americanos dan para reafirmar la importancia que otorgan a los derechos humanos en la región, es la revisión de la carta de la organización mediante el Protocolo de Buenos Aires, que entró en vigor en 1970, ya que cambia el régimen legal de la CIDH —y de su Estatuto— en muchos aspectos importantes; sobre todo, porque le otorga el estatus de órgano principal de la OEA (art. 51) y refuerza el carácter normativo de la Declaración Americana. Si bien la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959

Americana, pero no han aceptado la competencia de la Corte IDH; once países no han ratificado la Convención Americana. Hay que recordar que Trinidad y Tobago y Venezuela denunciaron la Convención. Finalmente, por resolución de la 8ª Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (1962), Cuba fue excluida de participar en la OEA, lo cual quedó sin efecto en la 39ª Asamblea General en San Pedro Sula (3 de junio de 2009). Honduras fue suspendida de la OEA por quebrantamiento de la Carta Democrática Interamericana mediante la resolución AG/RES. 2 (XXXVII-E/09) aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de julio de 2009 durante el Trigésimo Séptimo Periodo Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA.

³⁰ Kunz, Josef L., "The Bogota Charter of the Organization of American States", en *The American Journal of International Law*, vol. 42, núm. 3, jul, 1948, pp. 568-570.

³¹ Preámbulo, párr. 3; art. 5, lit. j; art. 29, lits. a y b; art. 30.

había creado la CIDH, su mandato original no era la protección de los derechos humanos, sino que estaba limitado a su promoción entre los Estados parte en la Carta de la OEA, entendiéndose por estos, los reconocidos en la Declaración Americana.

Además, este órgano había sido creado por una simple resolución, por lo que al incorporarla a la Carta revisada de la OEA, se estableció un verdadero Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos basado en un tratado constitutivo; esto representa una base constitucional sólida para aplicar los derechos contenidos en la Declaración Americana,³² y para cumplir con su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos, y de servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia.

No obstante, pese al importante paso que representa la constitución de la CIDH como un órgano principal de la OEA, su estructura, competencia y procedimiento quedaron condicionados a la futura adopción de una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Esto se concretó con la celebración de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos del 7 al 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica, donde se aprobó un borrador final de convención que fue firmado el 22 de noviembre de 1969, bajo el título de “Convención Americana sobre Derechos Humanos” o “Pacto de San José”, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, de conformidad con el artículo 74.2 de la misma.

El Pacto de San José constituye el corazón del Sistema Interamericano; en cierta manera, su adopción cumplió el sueño de muchos americanos que, desde la Segunda Guerra Mundial, habían abogado por contar con un instrumento regional de protección de derechos humanos que fuera ratificado por la gran mayoría de Estados del continente.³³ Aunque es un documento prácticamente moldeado a imagen de los instrumentos de dere-

³² Buergenthal, Thomas, “The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights”, en *The American Journal of International Law*, vol. 69, núm. 4, oct, 1975, pp. 835-836.

³³ Leblanc, Lawrence J., “Economic, Social, and Cultural Rights and the Interamerican System”, en *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, vol. 19, núm. 1, feb, 1977, p. 72.

chos humanos de la ONU y de la Unión Europea, sus redactores se negaron simplemente a copiarlos,³⁴ y consideraron necesario introducir las modificaciones necesarias que respondieran a las circunstancias prevalecientes en los Estados del hemisferio, las cuales se caracterizaban por una realidad política marcada por regímenes no democráticos y por una realidad económica marcada por la persistencia de la pobreza de un alto porcentaje de la población americana.³⁵

La Convención Americana se divide en tres partes: la Parte I, sobre los “Deberes de los Estados y derechos protegidos”, compuesta por los capítulos I-V (arts. 1-32); la Parte II, sobre los “Medios de la protección”, formada por los capítulos VI-IX (arts. 33-73), y la Parte III, sobre “Disposiciones generales y transitorias”, compuesta por los capítulos X-XI (arts. 74-82).

En la Parte I se dividen los derechos protegidos en dos categorías, en capítulos independientes: *los derechos civiles y políticos* son incluidos en un catálogo amplio que contiene el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); el derecho a la vida (art. 4); el derecho a la integridad personal (art. 5); la prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6); derecho a la libertad personal (art. 7); garantías judiciales (art. 8); principio de legalidad y de retroactividad (art. 9); derecho a indemnización (art. 10); protección de la honra y de la dignidad (art. 11); libertad de conciencia y de religión (art. 12); libertad de pensamiento y de expresión (art. 13); derecho de rectificación o respuesta (art. 14); derecho de reunión (art. 15); libertad de asociación (art. 16); protección a la familia (art. 17); derecho al nombre (art. 18); derechos del niño (art. 19); derecho a la nacionalidad (art. 20); derecho a la propiedad privada (art. 21); derecho de circulación y residencia (art. 22); derechos políticos (art. 23); igualdad ante la ley (art. 24); y protección judicial (art. 25); mientras que *los derechos económicos, sociales y culturales* cuen-

³⁴ Pasqualucci, Jo M., *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003, p. 4.

³⁵ Buerghenthal, Thomas, “The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and differences”, en *American University Law Review*, vol. 30, núm. 155, 1980-1981, p. 156.

tan con un único artículo que remite a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta reformada de la OEA (art. 26).

En relación con los mecanismos de protección, hemos dicho que la CIDH y la Corte IDH son los órganos encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los instrumentos interamericanos; son, por tanto, las dos principales instancias jurisdiccionales del Sistema Interamericano desde su creación en 1959 y 1969, respectivamente. Es de resaltar que la CIDH tuvo dos etapas importantes en su desarrollo institucional. En la primera, su creación descansó en la Resolución VIII de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, donde se decidió establecer dicho órgano, compuesto por siete miembros elegidos a título personal, con el encargo de promover el respeto de los derechos humanos en el continente.³⁶

En la segunda etapa, la CIDH se convierte en un órgano de la OEA mediante el Protocolo de Buenos Aires que reformó la Carta de la organización en 1967; con ello se fortaleció su legitimidad institucional frente a los Estados de cara al ejercicio de su mandato consistente en: *a)* estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos americanos; *b)* formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales; *c)* preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; *d)* solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; *e)* atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la OEA, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, prestarles el asesoramiento que estos le soliciten; *f)* actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al

³⁶ Acta final de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la OEA, Washington, D.C., resolución VIII, Derechos Humanos, punto II, 1960, p. 209.

51 de la Convención Americana, y g) rendir un Informe anual a la Asamblea General de la OEA sobre sus actividades realizadas (art. 41 de la Convención Americana).

Por otra parte, la Corte IDH, como órgano judicial autónomo, fue establecida en 1969 por la Convención Americana para su interpretación y aplicación; tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José que le sea sometido, siempre que los Estados parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ya sea por declaración especial o por convención especial (art. 62.3 de la Convención Americana). Después de la entrada en vigor del Pacto de San José, el 18 de julio de 1978, los Estados parte eligieron el 22 de mayo de 1979 a los primeros siete jueces que conformarían la Corte IDH, quienes tuvieron sus primeras sesiones orgánicas el 29 y 30 de junio de 1979. Tanto la CIDH como la Corte IDH tienen sus propios reglamentos y estatutos en donde se desarrollan sus respectivas cuestiones institucionales y procedimentales para el desempeño de sus funciones.³⁷

La competencia de estos dos órganos interamericanos tiene un carácter subsidiario ante las violaciones de derechos humanos, pues es claro que no han sido creadas para sustituir a los tribunales internos de los Estados; tampoco operan como tribunales de recursos o de casación de decisiones de los tribunales nacionales. En este sentido, el prólogo de la Convención Americana es claro al establecer que la protección interamericana de los derechos humanos es “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Sin embargo, ello no significa que los actos u omisiones de los distintos órganos estatales no puedan ser objeto de examen por parte de dichas instancias para verificar su conformidad con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.³⁸

³⁷ Para un análisis del origen y de algunas cuestiones institucionales y procedimentales de la CIDH y de la Corte IDH, véase Medina Quiroga, Cecilia, *The battle of Human Rights. Gross systematic violation in the Inter-American System*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 42 y ss.

³⁸ Cançado Trindade, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos...*, cit., p. 274.

Pero para ello, es necesario que las víctimas observen la regla del agotamiento de los recursos internos, la cual se basa en el principio de que un Estado denunciado debe estar en condiciones de brindar una reparación por sí mismo y dentro del marco de su sistema jurídico interno; por tanto, la función subsidiaria de los órganos de vigilancia constituye también la base de la denominada “fórmula de la cuarta instancia”, en el sentido de que tales órganos no tienen competencia para revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en el ámbito de su jurisdicción y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que consideren la posibilidad de que se haya cometido una violación del instrumento internacional en cuestión. Tal como lo ha manifestado la CIDH, un órgano de vigilancia como ella solo:

[...] es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando esta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.³⁹

³⁹ CIDH, informe 39/96, caso 11.673 (Argentina), 15 de octubre de 1996, IV. D., párrs. 48-51. La “fórmula de la cuarta instancia” fue elaborada por la Comisión en el caso de Clifton Wright (caso 9260, resolución 29/88, 14 de septiembre de 1988), ciudadano jamaicano que adujo un error judicial que dio lugar a una sentencia de muerte en su contra. El sistema nacional no preveía un trámite de impugnación de sentencias determinadas por errores judiciales, lo que dejó al señor Wright desprovisto de recursos. En ese caso, la CIDH estableció que no podía actuar como “una cuarta instancia cuasijudicial” con facultades para revisar las sentencias de los tribunales de los Estados miembros de la OEA. No obstante, declaró fundados los hechos aducidos por el peticionario y determinó que el mismo no pudo haber cometido el crimen. En consecuencia, la CIDH llegó a la conclusión de que el gobierno de Jamaica había violado el derecho del peticionario a la protección judicial, lo que constituye una violación a sus derechos fundamentales, porque el procedimiento judicial interno no permitía corregir

A la vez, para que la CIDH o la Corte IDH puedan conocer un asunto que implique la supuesta violación de un derecho humano, es necesario establecer claramente: *a*) que son competentes *ratione personae*, en el sentido de que las partes intervinientes en el procedimiento —víctima (legitimación activa) y denunciado (legitimación pasiva)— estén facultados por la Convención Americana o por los otros instrumentos interamericanos para presentar ante ellas peticiones individuales o comunicaciones interestatales; *b*) que son competentes *ratione materiae*, lo que implica que la materia objeto de la petición o denuncia sea la violación de un derecho reconocido como justiciable ante tales órganos por los respectivos instrumentos interamericanos; *c*) que son competentes *ratione loci*, en el sentido de que los hechos denunciados hayan ocurrido dentro de la jurisdicción de un Estado parte, y *d*) que son competentes *ratione temporis*, lo que implica que la supuesta violación de un derecho reconocido haya ocurrido una vez que la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador u otro tratado interamericano pertinente haya entrado en vigencia para el Estado denunciado, o en una fecha posterior al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH por parte de un Estado.⁴⁰

De esta manera, la CIDH y la Corte IDH han jugado un papel fundamental en la promoción y protección de los derechos humanos en el continente, ya que regulan un procedimiento mediante el cual, cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, puede presentar peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de los instrumentos interamericanos por un Estado parte.⁴¹ En tal sentido, constituyen una es-

el error judicial. Véase también el caso 74/90 (Argentina), informe 74/90, 4 de octubre de 1990, en el que la CIDH llegó a la conclusión de que una denegación del debido proceso constituye una violación de los derechos de la víctima conforme a los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana.

⁴⁰ La *ratione temporis* también puede referirse a una condición de admisibilidad de la demanda, en el sentido de que sea presentada en el plazo de seis meses establecido en el art. 46 de la Convención Americana.

⁴¹ Art. 44 del Pacto de San José, art. 19.6 del Protocolo de San Salvador; art. XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; art. 12 de la Convención de Belém do Pará.

estructura doble de protección, pues, por un lado, la CIDH recibe, tramita e investiga los hechos denunciados contra los Estados por violación de los derechos reconocidos y, por otro, la Corte IDH se encarga de emitir sentencias que determinan o no la responsabilidad internacional de los Estados por esas supuestas violaciones. Hay que recordar también que para iniciar un trámite ante los órganos interamericanos de vigilancia, es necesario cumplir ciertos aspectos procesales relativos: a) las cuestiones formales —modo de presentación de la petición, su contenido y otros requisitos de forma—, y b) las cuestiones sustantivas —plazo para la presentación de la denuncia, el agotamiento de los recursos internos, *litis pendencia*, etcétera—.

En esa línea, estas instancias regionales cuentan con varios mecanismos que les permiten llevar a cabo sus funciones de control. Tanto la CIDH como la Corte IDH cuentan con dos funciones esenciales —la consultiva y la contenciosa— las cuales desempeñan un papel fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos. Los Estados deben asegurar que todos sus órganos —jurisdiccionales, administrativos, etc.— conozcan y sigan el alcance de los lineamientos interpretativos desarrollados por la CIDH y la Corte IDH como intérpretes finales de los instrumentos interamericanos, ya que ignorarlos o desconocerlos puede provocar la responsabilidad internacional del Estado. En este sentido, la interpretación de las cláusulas de la Convención Americana, del Protocolo de San Salvador y de otros instrumentos interamericanos realizada por ambas instancias “resulta una guía ineludible para la aplicación de dicho instrumento por parte de los tribunales internos”.⁴²

2.3.1. La competencia consultiva de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La función consultiva constituye una herramienta muy valiosa para la tutela de los derechos humanos. A través de la emisión de

⁴² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, cit., pp. 76-77.

informes temáticos o de país, opiniones consultivas, recomendaciones generales, etc., se ha permitido un análisis integral de la situación general de tales derechos, de una problemática específica en un determinado país o región, o del alcance y contenido de un derecho o norma interamericana, lo cual hace posible obtener una visión comprensiva y comparada “de los obstáculos y los pasos dados para garantizar el pleno goce de los derechos [lo cual ayuda] al desarrollo de soluciones regionales, entre otras cosas”.⁴³

Así, los artículos 41, literales *a*, *b*, *c* y *d* y 42 de la Convención Americana, así como los artículos 56 y 57, numeral 1, literales *h* e *i* del Reglamento de la CIDH, otorgan a esta una competencia consultiva mucho más amplia que la concedida a la Corte IDH, en el sentido de que la CIDH tiene la facultad de elaborar informes generales o especiales y de seguimiento sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros, incluyendo los progresos alcanzados y las dificultades que han existido o existen para la efectiva realización de los derechos humanos, así como las observaciones o recomendaciones que estime pertinentes para lograr tal fin.

Por su parte, la función consultiva de la Corte IDH le permite interpretar la Convención Americana y otros instrumentos internacionales de derechos humanos; puede ser activada por cualquier Estado miembro de la OEA y por los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires (art. 64.1 del Pacto de San José); es decir, la propia CIDH, la Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión Interamericana de Mujeres, entre otros.

Gracias a su competencia consultiva, la Corte IDH ha podido interpretar una diversidad de cuestiones relativas al procedimiento, el alcance de su competencia y de la CIDH, los derechos de la niñez y de los migrantes indocumentados, la asistencia consular y la igualdad, entre otros. Desde 1981, la Corte IDH ha emitido 19 opiniones consultivas por ejemplo, el 14 de agosto de

⁴³ Krsticevic, Viviana, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”, en Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (ed.), *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, San José, Costa Rica, Publicaciones CEJIL, 2004, p. 150.

2008, la República Argentina solicitó a la Corte IDH una opinión consultiva sobre la “interpretación del artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”: a) en relación con la figura del juez *ad hoc* y la igualdad de armas en el proceso ante ella, y b) respecto de la nacionalidad de los jueces del Tribunal Interamericano y el derecho a un juez independiente e imparcial.

Con todas estas interpretaciones, la Corte IDH coadyuva “al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA”;⁴⁴ en este sentido, interpreta y emite opiniones relativas al alcance de las obligaciones de los Estados en relación con los derechos reconocidos en el Pacto de San José y demás instrumentos interamericanos.

2.3.2. La competencia contenciosa de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En virtud de su función contenciosa, la CIDH: a) puede adoptar medidas preventivas o cautelares de protección en caso de gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas, solicitando al Estado que tome las medidas necesarias para prevenir la violación de los derechos humanos de las víctimas; por ejemplo, estableciendo un sistema de vigilancia nocturna en la casa de la persona agraviada, habilitando un número de teléfono de emergencia, brindando protección personal hasta que desaparezcan las causas del peligro, etc., y, a la vez, b) puede recibir denuncias o peticiones individuales para determinar si existe o no la violación de un derecho reconocido y someter el asunto a conocimiento de la Corte IDH. Es de resaltar que la CIDH tiene competencia obligatoria para conocer de las peticiones presentadas y no requiere que los peticionarios tengan la condición de víctima de la violación. Respecto de las medidas cautelares, en

⁴⁴ Corte IDH, “Otros Tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte..., *supra*, párr. 25.

los últimos años la CIDH: *a*) ha ampliado su alcance a otros derechos distintos a la vida y a la integridad personal; *b*) ha otorgado medidas colectivas o innominadas, y *c*) ha formulado solicitudes sumamente específicas en cuanto a las medidas a adoptar.⁴⁵

Cuando la CIDH recibe una denuncia o petición individual, primero transmite al Estado las partes pertinentes de la misma para que pueda hacer sus observaciones; asimismo, puede solicitar a la parte denunciante que envíe información adicional relevante en caso de que sea necesario. Después, la CIDH puede decretar la admisibilidad o inadmisibilidad de la denuncia, observando si se cumple con los requisitos formales para conocer del asunto. Con el cumplimiento de dichos requisitos se reafirma el carácter subsidiario de los sistemas de protección, ya que, como lo hemos señalado, lo que se pretende es brindar la oportunidad a los Estados para que reparen por sí mismos las violaciones de derechos humanos que se cometen dentro de sus jurisdicciones.

El Sistema Interamericano exige una serie de requisitos como: *a*) el agotamiento de los recursos internos, salvo que (i) no exista en la legislación interna el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; (ii) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; (iii) haya retardo injustificado en la decisión sobre los recursos mencionados; (iv) exista un temor generalizado en el Estado demandado para plantear casos de derechos humanos por parte de abogados defensores en esa materia, o (v) no haya asistencia letrada gratuita en materia penal; *b*) una vez agotados los recursos internos, se presente la denuncia dentro de los seis meses siguientes al agotamiento de los recursos, y *c*) que el caso no esté siendo conocido o no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional (art. 46 de la Convención Americana).

Una vez superada la fase de admisibilidad, se inicia lo que se conoce en el proceso como la “etapa de fondo”; en esta se analiza,

⁴⁵ Al respecto véase, Méndez, Juan E. y Dulitzky, Ariel, “Medidas cautelares y provisionales”, en Courtis, Cristian; Hauser, Denise y Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa-ITAM, 2005, pp. 67-93.

con la información ofrecida por el Estado y la parte denunciante, la existencia de violaciones concretas a derechos reconocidos en la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador o en otros instrumentos interamericanos. En este punto es importante destacar que durante el proceso es permisible que la CIDH se ponga a disposición de las partes para que puedan llegar a una solución amistosa antes de emitir sus propias conclusiones y recomendaciones, o antes de llegar a soluciones más enérgicas.⁴⁶

Que se pueda llegar a una solución de este tipo implica, primeramente, que el Estado admita la posibilidad de haber cometido una violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros instrumentos pertinentes; el objetivo de la misma es satisfacer las demandas del peticionario y que el acuerdo final, que tiene un carácter obligatorio, no implique una disminución de los derechos de las víctimas. Por ello es que la CIDH tiene que aprobar el acuerdo al que han llegado las partes, y así, asegurar que esté fundado en el respeto a los derechos humanos; además, tiene que supervisar su cumplimiento.⁴⁷ Si finalmente no se llega a una solución amistosa, la CIDH elabora, dentro de un plazo de tres meses, un informe confidencial conocido como “Informe número 50” (art. 50 de la Convención Americana), en el que expone los hechos denunciados, sus conclusiones y observaciones, así como lo que hayan sostenido las partes en el procedimiento, y lo transmite al Estado con las recomendaciones que juzgue convenientes para que sean adoptadas por este y se remedie la situación denunciada (arts. 48-51 de la Convención Americana).

Desde el momento en que el “informe número 50” es transmitido al Estado, comienza a correr el plazo señalado, durante el cual la CIDH puede decidir someter el caso a la Corte IDH; si bien esta decisión es una facultad discrecional de la CIDH, no puede ejercerse arbitrariamente e impidiendo que las víctimas obtengan un pronunciamiento del Máximo Tribunal sobre

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C, núm. 17, párr. 27.

⁴⁷ Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., San José, Costa Rica, IIDH, 2004, pp. 432-463.

su petición.⁴⁸ Si dentro de ese tiempo el asunto no es sometido al Tribunal, la CIDH solo puede emitir su opinión y sus conclusiones sobre la cuestión puesta a su consideración, así como las recomendaciones que considere pertinentes, fijando un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada.

Transcurrido dicho periodo, la CIDH puede decidir si el Estado ha adoptado o no dichas medidas, y si publica o no su informe. En tal sentido, la CIDH puede: *a*) publicar su decisión —lo que es conocido como “Informe número 51”—, o *b*) enviar el caso a la Corte IDH, para lo cual los peticionarios tienen el derecho de presentar sus observaciones para argumentar las razones por las que consideran que el caso debe ser enviado al Tribunal Interamericano. En conclusión, en esta etapa del procedimiento, la CIDH puede elaborar hasta tres tipos de informes: *a*) el informe del artículo 49 de la Convención Americana, cuya adopción depende de que las partes lleguen a un arreglo amistoso; *b*) el informe del artículo 50, que depende de que no se haya llegado a una solución amistosa, y *c*) el informe del artículo 51, que depende de que el caso no se halla sometido a conocimiento de la Corte IDH dentro de los tres meses siguientes a la notificación del “Informe número 50”.⁴⁹

⁴⁸ Aunque el art. 51 de la Convención Americana faculta a la CIDH para decidir si somete el caso a la Corte por medio de la demanda respectiva, o bien si continúa con el conocimiento del asunto, esta no es una decisión “discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención”, en Corte IDH, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-13/93, 16 de julio de 1993, párr. 50.

⁴⁹ Para un análisis detallado de los informes “50” y “51”, véase Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, pp. 467-500. Es importante destacar que, con el fin de dar seguimiento a la implementación de sus recomendaciones, la CIDH puede solicitar información al Estado y a los peticionarios, y puede publicar, en forma de capítulo de su Informe anual, un informe sobre los avances y dificultades de dicha implementación, que puede ser de dos tipos: 1. un informe de seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes sobre países, y 2, un informe de seguimiento de las recomendaciones en casos individuales; en Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *La protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano. Guía para defensores y defensoras de derechos humanos*, Buenos Aires, CEJIL-Fundación Sueca para Derechos Humanos, 2007, p. 94.

Es de destacar que la CIDH ha creado varios grupos de trabajo internos con el objeto de organizar mejor su labor y desarrollarla más eficientemente. Así, hasta el momento se han formado: a) el grupo de medidas cautelares, que se encarga de analizar las solicitudes de medidas cautelares recibidas y emitir recomendaciones para que sean tomadas en cuenta por los comisionados al momento de resolver tales solicitudes; b) el grupo de admisibilidades, que se dedica a examinar de forma preliminar las peticiones que llegan a la CIDH; c) el grupo sobre cuestiones reglamentarias, que se ocupa de estudiar y elaborar propuestas de reforma de las normas reglamentarias de la CIDH, y d) el grupo de la Corte, que se encarga de los litigios de casos ante la Corte IDH.⁵⁰

Además de estas dos acciones clásicas —medidas cautelares y sistema de peticiones individuales— en casos graves y urgentes, la CIDH está facultada para realizar una investigación, previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido una violación, tan solo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad (art. 48.2 de la Convención Americana); y también, cuando la CIDH reciba una petición o comunicación sobre una supuesta desaparición forzada se dirigirá, por medio de su Secretaría Ejecutiva, en forma urgente y confidencial, al Estado denunciado, solicitándole que proporcione a la mayor brevedad posible la información sobre el paradero de la persona presuntamente desaparecida y demás información que estime pertinente, sin que esta solicitud prejuzgue la admisibilidad de la petición (art. XIV de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas). A diferencia de las medidas cautelares, respecto de las cuales su solicitud queda a criterio de la CIDH, en este caso está *obligada* a dirigirse expeditamente al Estado denunciado para conocer sobre el paradero de la persona presuntamente desaparecida. De esta manera, “lo anterior resulta en una suerte de amparo o *habeas corpus* interamericano que tiene como objetivo evitar daños irreparables a las personas”.⁵¹

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 152-153.

⁵¹ Méndez, Juan E. y Dulitzky, Ariel, *op. cit.*, pp. 87-88. En cuanto al mecanismo establecido en el art. 48.2 de la Convención Americana, no existen antecedentes de su utilización; y el procedimiento consagrado en el art. XIV

Por su parte, la Corte IDH, en el desempeño de su función contenciosa, determina si un Estado que ha aceptado su competencia ha incurrido en responsabilidad internacional por haber violado alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana, en el Protocolo de San Salvador o en otros instrumentos interamericanos que la facultan para ello, siendo sus sentencias obligatorias. Es preciso señalar que, aunque existen al menos dos tratados regionales más que parecen otorgar competencia tanto a la CIDH como a la Corte IDH para supervisar el cumplimiento de las obligaciones en ellos contenidas —la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención de Belém do Pará—, la Corte IDH se ha atribuido la competencia para aplicar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; pese a que sus redactores no incluyeron una referencia expresa al Tribunal Interamericano,⁵² este ha encontrado violaciones específicas a sus disposiciones y, en consecuencia, ha ordenado la reparación adecuada a las víctimas.⁵³

Hay que recordar que la competencia contenciosa de la Corte IDH no deriva de forma directa e inmediata del hecho de que un Estado ratifique el Pacto de San José. También es necesario que dicho Estado haga una declaración, en los términos del artículo 62 de tal Convención, en el sentido de que cuando haga el depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, declare que reconoce como obligatoria, de pleno derecho y sin convención especial, la competencia del Tribunal Interamericano sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana.

Como ya lo hemos señalado, un Estado puede hacer esta declaración incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Además, en

de la Convención sobre Desaparición Forzada, fue utilizado por primera vez en 2002 en un caso contra Guatemala.

⁵² Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párrs. 244-249.

⁵³ Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C, núm. 37, párrs. 133-136.

casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte IDH puede tomar las medidas provisionales que considere pertinentes, ya sea a) por *motu proprio*, en los asuntos que esté conociendo o b) a petición de la CIDH, si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento (art. 63.2 de la Convención Americana).

Es importante destacar que con el nuevo Reglamento de la Corte IDH aprobado en noviembre de 2000 y en vigor desde el 1º de junio de 2001,⁵⁴ las víctimas tienen *locus standi*; es decir, están facultadas para participar autónomamente en todas las etapas del proceso contencioso ante el Tribunal Interamericano (art. 24 del reglamento). Esto representa un avance significativo en relación con el reglamento de 1996, que solo les permitía participar autónomamente respecto de la CIDH en la etapa de reparaciones.⁵⁵

Gracias a esta reforma, cuando la CIDH somete el caso a la Corte IDH, las víctimas pueden presentar sus argumentos directamente, sean iguales o diferentes a los de la CIDH; además pueden ofrecer pruebas que la CIDH no haya presentado, aunque también hay que reconocer que esta opción está limitada al marco fáctico definido en la demanda inicial, con lo cual los peticionarios se constituyen en sujetos semiautónomos ante la CIDH, ya que dependen de ella en la presentación de la denuncia ante la Corte IDH; por ello es que la CIDH, en virtud de su exclusiva

⁵⁴ Para un análisis del reglamento vigente de la Corte IDH, véase Cançado Trindade, Antônio, “El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional”, en Cançado Trindade, Antônio y Ventura Rodríguez, Manuel, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, ACNUR-Corte IDH, 2003, pp. 13-107.

⁵⁵ El primer reglamento fue aprobado por el Tribunal Interamericano en su III Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 30 de junio al 9 de agosto de 1980. Posteriormente, la Corte IDH reformó el reglamento en su XXIII Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 18 de enero de 1991; en su XXXIV Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996; en su XLIX Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000; y en su LXI Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003. El vigente reglamento fue reformado parcialmente por la Corte IDH en su LXXXII Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

legitimidad procesal, define el marco de acción de las víctimas, quienes no pueden decidir el contenido de la demanda a pesar de que tienen que ceñirse a ella para sus actuaciones procesales.⁵⁶

En términos generales, el proceso está dividido en tres etapas: 1) excepciones preliminares; 2) etapa de fondo, y 3) etapa de reparaciones, en cada una de las cuales todas las partes son escuchadas en virtud del principio de contradicción.⁵⁷ Como hemos visto, una de las limitaciones del procedimiento contencioso ante la Corte IDH es que, para la tramitación de una petición, es ineludible que sea sometida por la CIDH o por un Estado, dejando a las víctimas sin acceso directo al Tribunal; aunque posteriormente, y una vez iniciado el procedimiento, las víctimas o sus representantes pueden actuar autónomamente ante la Corte IDH.

Cuando el Tribunal notifica la demanda al Estado en cuestión, este cuenta con cuatro meses para responderla por escrito, acto en el cual tiene la posibilidad de plantear las excepciones preliminares que estime oportunas, estando estas relacionadas sobre todo con la admisibilidad del caso por falta de competencia de la Corte IDH o por inexistencia de hechos que activen su jurisdicción contenciosa, entre otras cosas. Aunque la aceptación por parte del Tribunal Interamericano de la pertinencia de dichas excepciones puede evitar que se pronuncie sobre el fondo del asunto, la presentación de las mismas no suspende el procedimiento.

Por su lado, las partes en el proceso tienen un plazo de 30 días para responder a las excepciones presentadas por el Estado y, finalmente, la Corte IDH está facultada para decidir si son procedentes, en la misma resolución en que decide sobre el fondo del asunto o en una resolución separada. También el Tribunal puede llamar a una o varias audiencias en que recibe las declaraciones orales de testigos y peritos, así como los alegatos de las

⁵⁶ Viana Garcés, Andréa, “Sistema europeo y americano de protección de derechos humanos. Coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias”, en Revenga Sánchez, Miguel y Viana Garcés, Andréa (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 66.

⁵⁷ Este procedimiento está establecido en los arts. 61-69 de la Convención Americana y en los arts. 22-25 del Estatuto y 32-59 del Reglamento de la Corte IDH.

partes, después de las cuales estas pueden presentar a la Corte IDH sus alegatos finales por escrito. Una vez que los pasos anteriores son evacuados, el Tribunal Interamericano dicta la respectiva sentencia motivada, la cual tiene un carácter definitivo e inapelable y solo puede ser interpretada por la Corte IDH a solicitud de cualquiera de las partes —dentro de los 90 días a partir de la notificación—, en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo (art. 67 de la Convención Americana).

Además, cuando la sentencia no exprese en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de ellos puede agregar su opinión disidente o individual (art. 66 de la Convención Americana). Si el fallo de la Corte IDH determina que ha existido una violación a los derechos reconocidos en los instrumentos interamericanos que le confieren competencia, se ordena al Estado que tome las medidas de reparación pertinentes bajo la supervisión del propio Tribunal; y en caso de que el Estado no cumpla con la sentencia, la Corte IDH informa a la OEA para que tome las medidas políticas oportunas, aunque hay que recordar que cuando un Estado ratifica el Pacto de San José u otro instrumento interamericano y declara el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH, está obligado a cumplir sus decisiones en todos los casos en que sea parte (art. 68 de la Convención Americana).⁵⁸

2.4. CONCLUSIONES

Los órganos internacionales de derechos humanos, como los comités de tratados de las Naciones Unidas y la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus resoluciones se constituyen en instrumentos imprescindibles para la construcción del Estado de derecho y la democracia que, en términos de derechos humanos, implica lograr su plena implementación y garantía, y poner un alto a la impunidad y a la corrupción que, como un cáncer, destruyen el tejido social y reducen la posibilidad de construir instituciones democráticamente legitimadas.

⁵⁸ Para un análisis completo y detallado de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede verse Pasqualucci, Jo M., *op. cit.*, pp. 81-229.

En el caso de nuestro sistema regional, es uno de los sistemas de protección de derechos humanos más avanzados del mundo, y el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido estudiado y elogiado en otros espacios regionales debido a su fuerza e innovación, que han permitido el fortalecimiento y la ampliación de la protección de los derechos reconocidos por la Convención Americana y los demás instrumentos interamericanos. De esta manera, pese a los obstáculos existentes, el cumplimiento de sus sentencias y resoluciones ha implicado cambios normativos e institucionales en los Estados de la región, que es fundamental analizar por su importancia para la democracia y el Estado de derecho.

Así, por ejemplo, además de prescribir la investigación y sanción de los responsables de violaciones a derechos humanos en cada uno de los casos, la Corte IDH ha ordenado la creación de una base de datos sobre mujeres, jóvenes y niñas desaparecidas (caso *González y otras “Campo Algodonero” vs. México*); la construcción de una página electrónica de búsqueda de niños y niñas sustraídas y retenidas ilegalmente (*Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*); la adopción de legislación en materia de personas privadas de libertad (*Pacheco Teruel vs. Honduras*); la creación de un sistema de información genética para niñez desaparecida (*Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*); la delimitación, demarcación y titulación de tierras que corresponden a pueblos indígenas (*Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tingni vs. Nicaragua*); el rechazo a considerar al feto como titular del derecho a la vida (*Artavia Murillo y otro [“Fecundación in vitro”] vs. Costa Rica*); y el pago de salarios caídos y demás prestaciones laborales a personas trabajadoras despedidas injustamente (*Baena Ricardo y otros vs. Panamá*).

En este sentido, la importancia de estas y otras resoluciones es que en ellas se pueden encontrar lineamientos y parámetros que, de cumplirse, nos encaminarían en la senda de la construcción de un Estado de derecho con instituciones democráticas sólidas y únicamente comprometidas con la finalidad de la sociedad y del Estado, que es la dignidad humana, además de construir un estándar común en la región sobre temas fundamentales para la protección de los derechos de la ciudadanía.

Por ello, es de vital importancia la efectividad de las resoluciones de la CIDH y de la Corte IDH, pues con su cumplimiento se fortalece la institucionalidad democrática, se envía un mensaje social de que las violaciones a derechos humanos no son toleradas por los Estados, se promueve la reparación de las consecuencias que originaron tales transgresiones y en definitiva, se valora positivamente la importancia del litigio estratégico como una poderosa herramienta jurídica y política para evidenciar las carencias de nuestros sistemas de justicia, generar un debate amplio al respecto, contribuir al fortalecimiento del Estado de derecho e impulsar y fortalecer la defensa y promoción de los derechos humanos en la región.

En resumen, a través del cumplimiento de tales resoluciones se busca incidir para que, en el marco de los sistemas jurídicos internos, los Estados adopten todas las medidas necesarias con el fin de prevenir las violaciones a los derechos humanos, promover su respeto por parte de las autoridades estatales y los particulares, y lograr que los Estados corrijan toda conducta contraria a sus constituciones nacionales y a los estándares establecidos en la Convención Americana y demás tratados interamericanos.

III. Las obligaciones estatales en materia de derechos humanos

3.1. LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LOS ESTADOS EN VIRTUD DE LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 23 países de la región han ratificado la Convención Americana y un buen número de tratados regionales de derechos humanos. Asimismo, 20 de ellos han reconocido la competencia de la Corte IDH como intérprete último de los instrumentos interamericanos. La ratificación de estos tratados internacionales por parte de los Estados tiene dos implicaciones importantes.

En primer lugar, el Estado se obliga a *respetar* los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, lo que implica no interferir en su libertad de acción ni en el uso de sus propios recursos para satisfacer sus necesidades personales; se compromete a *proteger* a las personas y sus bienes frente a amenazas o ataques, lo cual exige su prevención y, si la violación se produce, garantizar la investigación efectiva, el castigo a los responsables de tales actos y la reparación respectiva; y se obliga a *realizar* todas las actividades necesarias para fortalecer el acceso y la utilización de los recursos por parte de la población que aseguren el goce de sus derechos (*facilitar*), y cuando sus titulares no están en condiciones de hacerlo por sí solos, el Estado debe realizar ese derecho directamente (*hacer efectivo*).¹

¹ Comité DESC, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), observación general 12, 1999, párr. 15.

Así las cosas, en la tipología tripartita, un primer nivel de obligaciones (*respetar*) tiene un carácter negativo, en el sentido tradicional de que implica un derecho a la no interferencia por parte del Estado; el segundo nivel (*proteger*) tiene un carácter positivo-preventivo, en el sentido básico de que el Estado debe adoptar medidas positivas para proteger los derechos contra toda intrusión y acción perjudicial por parte de terceros; y el tercer nivel (*realizar*) tiene un carácter positivo-facilitador, en tanto el Estado está en la obligación de facilitar las oportunidades para que los derechos puedan ser disfrutados y, en su defecto, realizar y garantizar directamente un derecho cuando sus titulares no son capaces de hacerlo por sí mismos.²

Esta última cuestión resulta sumamente importante cuando se trata de los grupos más vulnerables de la sociedad, como la niñez, frente a la cual los Estados están obligados “a intervenir para proveer las necesidades básicas de los niños, cuando sus familias no se encuentran en condiciones para hacerlo, antes de que se vean obligados a desplazarse hacia la calle por falta de techo o por la necesidad de buscar dinero, a través del trabajo, robo o mendicidad, para alimentarse”.³

En segundo lugar, al aceptar la competencia de los órganos encargados de supervisar la aplicación de tales instrumentos, les cede la potestad “para vigilar el cumplimiento de las obligaciones asumidas, determinar la extensión de los compromisos contraídos, interpretar el alcance de las disposiciones convencionales, evaluar la licitud de las reservas formuladas y, por supuesto, definir el alcance de su propia competencia”.⁴ En términos concretos, esto quiere decir que el Estado se ha comprometido ante la comunidad internacional y ante su ciudadanía a *respetar* y *garantizar* los derechos consagrados en ellos; de este modo, ha abierto las puertas para que, en caso de violaciones a los mismos, cualquier Estado parte o cualquier persona o grupo de personas

² *Idem.*

³ CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia 1999, 26 de febrero de 1999, cap. XIII, párr. 34.

⁴ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos...*, *cit.*, p. 109.

puedan acudir ante la CIDH y la Corte IDH para que se corrija tal situación, una vez que se hayan agotado todos los recursos internos que ofrezca el ordenamiento jurídico nacional.

La obligación de *respetar* los derechos protegidos en los instrumentos interamericanos es de carácter negativo en cuanto comprende, fundamentalmente, el deber estatal de abstenerse de interferir en el ejercicio de los mismos; en otros términos, que el Estado respete los derechos humanos significa que sus agentes están obligados, por ejemplo, a no ejecutar arbitrariamente —derecho a la vida—, a no torturar —derecho a la integridad personal—, a no contaminar el agua —derecho a un medioambiente sano y a la salud—, o a no establecer cuotas obligatorias en el sistema educativo que impiden a los niños recibir educación primaria gratuita —derecho a la educación—. Por otro lado, la obligación de *garantizar* el pleno ejercicio de los derechos humanos es de carácter positivo, ya que el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas que sean necesarias para asegurar el ejercicio de tales derechos; en otras palabras, el Estado está en la obligación de proteger a las personas no solo de los actos ilícitos de sus agentes, sino también de los particulares mediante la prevención, la investigación y sanción de las violaciones a los derechos reconocidos, y la reparación de los daños producidos.⁵

Además de las obligaciones generales de *respetar* y *garantizar* los derechos reconocidos (art. 1.1 de la Convención Americana), el Estado tiene las siguientes obligaciones: *a*) adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos (art. 2 de la Convención Americana); *b*) respetar y garantizar esos derechos 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 (art. 1.1 de la Convención Americana); *c*) garantizar el derecho a las garantías judiciales, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la protección judicial (arts. 8, 24 y 25 de la Convención Americana), y *d*) las obligaciones que surgen de las normas so-

⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 166.

bre suspensión de garantías, interpretación y aplicación, y sobre correlación entre deberes y derechos (arts. 29-32 de la Convención Americana).

3.2. LA OBLIGACIÓN GENERAL DE RESPETAR Y GARANTIZAR

Esta obligación general de respetar y garantizar está contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana; el deber de respetar tiene un carácter negativo que implica que los Estados deben abstenerse de realizar toda acción que constituya una violación de los derechos reconocidos en el Pacto de San José, ya que el “ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”. La obligación de *garantizar* tiene una naturaleza positiva e implica el deber estatal “de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público”,⁶ lo cual incluye la adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que se señalan en el artículo 2.

A su vez, cuando se trata de personas o grupos vulnerables, de tales obligaciones generales derivan deberes especiales, “determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”.⁷ En este sentido, la Corte IDH ha desarrollado una importante jurisprudencia sobre los deberes especiales estatales de cara a la protección de ciertos grupos vulnerables como la niñez,⁸ las personas

⁶ *Ibidem*. Las citas textuales corresponden, en su orden, párrs. 165-166.

⁷ Corte IIDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 154.

⁸ Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, opinión consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio

desplazadas,⁹ los pueblos indígenas¹⁰ y las personas con algún tipo de discapacidad,¹¹ entre otros.

De acuerdo con la resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005 de la Asamblea General de la ONU, la obligación de respetar y garantizar incluye, entre otros, el deber estatal de: a) adoptar medidas jurídicas y administrativas apropiadas para prevenir las violaciones; b) investigar las violaciones y, cuando proceda, adoptar medidas contra los violadores de conformidad con el derecho interno e internacional; c) dar a las víctimas acceso imparcial y efectivo a la justicia con independencia de quién sea en definitiva el responsable de la violación; d) poner recursos apropiados a disposición de las víctimas, y e) proporcionar o facilitar reparación a las víctimas.¹²

Por tanto, de esta doble obligación general —respetar y garantizar— surge el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos por parte de las autoridades estatales y por los particulares, y procurar además el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por dicha violación; y a su vez, el deber de garantizar un contenido mínimo esencial,¹³ lo cual es

de 2004, Serie C, núm. 110; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 42.

⁹ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya..., supra*; *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125.

¹¹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149.

¹² Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Quito, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School-Centro de Derechos Económicos y Sociales, 2003, p. 177.

¹³ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, arts. I y II.

de suma importancia para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Para cumplir con estas obligaciones no es suficiente que el Estado garantice la mera existencia de un orden normativo, sino que es necesario “que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.¹⁴

3.2.1. La obligación de prevenir

La obligación de prevenir implica que el Estado debe adoptar:

[...] todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. [...] Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir **es de medio** o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.¹⁵

Tales medidas son:

a) *Regular* el accionar de los poderes públicos y privados, lo que implica que el Estado debe imponer límites legales sobre la conducta de los agentes públicos y privados para evitar que pueda afectar la vigencia de los derechos humanos, y establecer las sanciones correspondientes para quienes sobrepasen dichos límites. En este sentido, la Convención Americana ha reconocido la importancia de este deber al disponerlo en el artículo 2 de manera independiente de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1, por lo que un Estado que “no ha establecido la necesaria legislación interna que evite la violación de los derechos protegidos, o cuando exista la legislación interna pero esta sea inadecuada para la prevención efectiva de posibles violaciones, cualquier daño

¹⁴ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...*, *supra*, párrs. 166-177.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 175.

concreto a esos derechos —sea cometido por la autoridad pública o por terceros— puede imputarse al Estado [...]”.¹⁶

Como lo ha señalado la CIDH, una de las tantas maneras en que un Estado puede violar un derecho reconocido en la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador u otros tratados interamericanos es mediante la omisión de dictar las normas adecuadas para hacer efectivo un derecho, y a través de la acción de dictar normas que no sean conformes al espíritu y letra de los tratados interamericanos; incluso si tales normas fueron adoptadas respetando los procedimientos estipulados en el ordenamiento jurídico interno, ya que “el hecho de que se trate de «leyes internas» y de que estas hayan sido «adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución», nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos”.¹⁷ En definitiva, un Estado no cumple con su obligación de garantizar los derechos humanos cuando no establece “la estructura legal necesaria que procure evitar eficazmente” la violación de tales derechos.¹⁸

b) *Monitorear* constantemente la situación de los derechos humanos, ya que no es suficiente el mero establecimiento de una estructura legal que regule los límites del poder público y privado respecto de los derechos humanos de la población, sino que es necesario que la legislación sea efectiva en la práctica, pues es de sobra conocido que muchas violaciones de los derechos humanos persisten aun en Estados con constituciones políticas y legislación secundaria garantista. En nuestro continente, prácticamente todos los Estados tienen importantes estructuras normativas que, al menos en teoría, garantizan los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana y los demás instrumentos interamericanos, por lo que en algunos casos el problema radica en la ineficaz puesta en ejecución de tales normas.¹⁹

¹⁶ Melish, Tara, *op. cit.*, pp. 178-180.

¹⁷ Corte IDH, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana..., *supra*, párrs. 26-27.

¹⁸ Corte IDH, Tarcisio Medina Charry (Colombia), informe 3/98, caso 11.221, 7 de abril de 1998, IV. 2.g., párr. 107.

¹⁹ Discurso del presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Álvaro Tirado Mejía, ante el Consejo Permanente de la Organi-

En tal sentido, para prevenir efectivamente las violaciones a los derechos reconocidos, es imperativo que los Estados realicen un monitoreo constante sobre la situación real de los derechos humanos para que puedan elaborar políticas públicas en las áreas de mayor prioridad,²⁰ y puedan ejercer un mayor control sobre las actuaciones de los poderes públicos y privados de conformidad con el respeto de tales derechos. Por ello, cuando en un Estado las leyes laborales son violadas masivamente sin que existan organismos administrativos —inspectorías de trabajo— o judiciales —tribunales laborales— eficaces e independientes que apliquen la ley, no solo se genera la responsabilidad internacional del Estado en cuestión,²¹ sino también se pone en un serio peligro la institucionalidad democrática.

c) *Realizar estudios de impacto* para prevenir posibles efectos negativos sobre los derechos humanos de la población. Así, por ejemplo, cuando se ejecutan programas, políticas o proyectos públicos o privados, los Estados tienen la obligación de asegurarse de que se realicen los respectivos estudios de impacto que evalúen los posibles efectos que pueden tener sobre la protección y promoción de los derechos humanos, especialmente de los sectores más vulnerables de la sociedad; y en caso de que tales efectos puedan ser negativos, se tomen las medidas adecuadas para evitar cualquier menoscabo a la vigencia de esos derechos. Este deber estatal deriva de las obligaciones generales de respetar —en el caso de proyectos públicos— y de garantizar —en el caso de proyectos privados— los derechos reconocidos. Además de la prevención de una posible afectación de derechos, el cumplimiento de esta obligación fortalece el diálogo democrático en el sentido de que exige que las posibles comunidades afectadas

zación de Estados Americanos el 6 de febrero de 1995, en CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, 28 de febrero de 2006, Anexos. Discursos de la CIDH.

²⁰ Comité DESC, Presentación de informes por los Estados partes, observación general 1, 1989, párr. 3.

²¹ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, 17 de febrero de 1995, cap. IV. Guatemala. III., punto 3. Por tal razón, la CIDH ha señalado “la necesidad de reforzar instituciones como los servicios de vigilancia, mediación y negociación del Ministerio de Trabajo, la justicia laboral y otros organismos judiciales”.

sean consultadas sobre la pertinencia y seguridad de las medidas propuestas.²²

d) *Remover* los obstáculos estructurales que limitan el disfrute efectivo de los derechos humanos, los cuales pueden ser obstáculos fácticos y normativos que mantienen la discriminación e impiden la igualdad. En este sentido, es preciso que los Estados (i) reformen sus estructuras básicas económicas y políticas estatales que impidan garantizar a todas las personas el acceso a sus derechos humanos; (ii) garanticen un ambiente económico que permita a los sectores pobres participar en los procesos de decisión en materia política y económica; (iii) aseguren que los sectores socialmente más vulnerables no sufran desproporcionadamente las consecuencias de las políticas económicas, sobre todo con la implementación de programas de ajuste estructural, y (iv) eviten que empeore la condición de pobreza de los sectores más desaventajados de la sociedad debido a la implementación de tales programas económicos.²³

3.2.2. La obligación de investigar

En relación con esta obligación, no se puede ignorar que, pese a los esfuerzos estatales para prevenir violaciones a los derechos humanos, es posible que estas se produzcan por parte de particulares o agentes públicos que actúan fuera del marco legal establecido; de este modo, aunque inicialmente una violación de este tipo no sea imputable al Estado por tratarse de la acción de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, la falta de “la debida diligencia para prevenir la violación o tratarla en los términos requeridos por la Convención”,²⁴ es lo que hace surgir su responsabilidad. Por tanto, la falta de una investigación imparcial y efectiva implica que el Estado no cumple

²² Melish, Tara, *op. cit.*, pp. 182 y 183.

²³ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993, 11 de febrero de 1994, cap. V. I. VI. Recomendaciones, puntos 1-4.

²⁴ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...*, *supra*, párrs. 172, 176 y 177.

con su obligación de asegurar y proteger los derechos reconocidos en los tratados interamericanos, cuya protección también se extiende a los hechos posteriores a la infracción en el sentido que el Estado debe proporcionar un procedimiento adecuado para conocer la verdad de lo sucedido.²⁵

Por ello, cuando el aparato estatal actúa de modo que tales violaciones queden impunes, “y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”.²⁶ Así las cosas, la negligencia y poca seriedad en la investigación de los hechos que conduzca a la sanción de los responsables materiales e intelectuales de una violación, demuestran la tolerancia del Estado frente a las mismas y lo hace responsable internacionalmente por violar su deber de respetar los derechos reconocidos en el Pacto de San José y de garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto a las víctimas como a sus familiares.²⁷ En este orden de ideas, el deber de investigar se constituye en una *obligación de medio o comportamiento* que no puede considerarse incumplida solo porque no se produzcan resultados satisfactorios; no obstante, la Corte IDH ha señalado que esta obligación:

[...] debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera que sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse

²⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso MacCann y otros vs. Reino Unido*. Sentencia de 27 de septiembre de 1995, párr. 157.

²⁶ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...*, *supra*, párr. 176: “Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos [...]”

²⁷ Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, núm. 99, párr. 134.

la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.²⁸

3.2.3. La obligación de sancionar

Esta obligación es esencial para que el Estado cumpla con su obligación de garantizar los derechos reconocidos y para que se fortalezca la institucionalidad democrática. Una de las consecuencias más graves de la falta de sanción a las violaciones de los derechos humanos es que se envía a la sociedad un mensaje intimidatorio, causando un temor generalizado que promueve el aplacamiento de las denuncias, reclamos y reivindicaciones de las víctimas, “alimentando la impunidad e impidiendo la plena realización del Estado de derecho y la democracia”.²⁹ Para evitarlo, es necesario que el Estado combata tal situación “por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares”.³⁰

Además, el clima de impunidad, la denegación de justicia y la falta de seriedad estatal para investigar los hechos y sancionar a los responsables genera mayores sufrimientos a las víctimas y a sus familiares que afectan su integridad psíquica, física y moral (art. 5.1 de la Convención Americana),³¹ en el sentido de sufrir una doble afectación, pues, por un lado, sufren directamente los

²⁸ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...*, *supra*, párr. 177.

²⁹ CIDH, Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas, 7 de marzo de 2006, párr. 140.

³⁰ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 42, párr. 170. Por tanto, la impunidad puede ser definida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.

³¹ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70, párr. 160; *Caso de los “Niños de la calle”...*, *supra*, párr. 115.

daños causados por la afectación de sus derechos; y, por el otro, sienten la impotencia de no poder obtener justicia por parte del Estado y de saber que los responsables de tal afectación no han sido sancionados.³² El deber de investigar implica también que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance el derecho de las víctimas y sus familiares de conocer las circunstancias que han rodeado la violación de un derecho y quiénes son responsables de la misma,³³ pues ello “es esencial para el combate a la impunidad, y se encuentra ineluctablemente ligado a la propia realización de la justicia, y a la garantía de no repetición”³⁴ de las violaciones a los derechos humanos.

Solo cuando se esclarecen todas las circunstancias de la violación a un derecho humano se puede afirmar que el Estado ha proporcionado a las víctimas y a sus familiares un recurso efectivo y ha “cumplido con su obligación general de investigar y sancionar, permitiendo a los familiares de la víctima conocer la verdad”.³⁵ Si bien el derecho a la verdad como tal no está reconocido expresamente en ningún instrumento interamericano, este constituye un principio emergente del derecho internacional y tiene su origen en una serie de normas convencionales que protegen el derecho de los familiares y la sociedad a “obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento”³⁶ de todos los responsables. Por tanto, la importancia de conocer la verdad sobre la violación a un derecho radica en que solo así es posible esclarecer las circunstancias que rodearon los hechos y, de esta ma-

³² *Ibidem*, párr. 173.

³³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...* *supra*, párr. 181; *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C, núm. 15, párr. 181.

³⁴ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala...*, *supra*, voto razonado del juez Antônio Cançado Trindade, párr. 32.

³⁵ Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C, núm. 92, párr. 109.

³⁶ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala...*, *supra*, párr. 201.

nera, poder sancionar tanto a los responsables materiales como intelectuales.³⁷

Lo anterior reviste: a) un carácter colectivo, pues permite que la sociedad tenga acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, lo cual es fundamental cuando los involucrados en violaciones a derechos humanos están relacionados con altas esferas del poder político y económico de un país, especialmente cuando se trata de grandes corporaciones que muchas veces actúan sin la regulación adecuada, y b) un carácter particular como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido, pues la verdad se constituye por sí misma en una forma de reparación.³⁸

Por todo lo anterior, para que los Estados cumplan eficazmente con su obligación de sancionar las violaciones a los derechos humanos, deben establecer medidas eficaces para evitar la posibilidad de impunidad en cualquier violación y para asegurar que ninguna persona que pueda resultar responsable de la misma goce de inmunidad de responsabilidad por sus acciones.³⁹

3.2.4. La obligación de reparar

En virtud de los principios generales del derecho internacional, cuando un Estado transgrede una norma internacional se genera su responsabilidad internacional y, como consecuencia, tiene el deber de reparar, tal como fue recogido por la propia Convención Americana en su artículo 63.1.⁴⁰ En virtud de ello, la Corte IDH ha señalado que “al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad de este por la

³⁷ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999, 13 de abril de 2000, cap. II. 5, informe 136/99, Ignacio Ellacuría, S.J. y otros, caso 10.488 (El Salvador), párr. 187.

³⁸ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala...*, *supra*, párr. 197.

³⁹ Directrices de Maastricht, núm. 27.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, núm. 94, párr. 202.

violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la mencionada violación”.⁴¹

En ese sentido, la reparación del daño causado requiere el pleno restablecimiento de la situación anterior a la violación de un derecho (*restitutio in integrum*); de no ser posible, le corresponde al órgano de vigilancia respectivo ordenar la adopción de las medidas pertinentes para que se reparen las consecuencias que originaron las transgresiones y se efectúe el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados en el caso pertinente. Evidentemente, las medidas de reparación tienen por objeto hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, por lo que la naturaleza y el monto de las mismas dependen del daño causado tanto en el plano material como inmaterial.⁴² Como lo señala la Corte IDH:

La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte [...]. La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos.⁴³

⁴¹ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Reparaciones y Costas (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C, núm. 88, párr. 40.

⁴² Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros...*, *supra*, párrs. 203 y 205.

⁴³ Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39, párr. 41.

3.3. LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS

Una de las obligaciones que los tratados de derechos humanos como la Convención Americana (art. 2) imponen a los Estados que los ratifican, es la de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos en ellos contenidos, ya que en virtud de una regla básica del derecho internacional, “todo Estado parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole”.⁴⁴

Es preciso resaltar que el hecho de que se requieran tales medidas para cumplir con esta obligación no significa que la aplicación de la Convención Americana “dependa exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes”.⁴⁵ Además, esta es una obligación que debe ser cumplida de forma inmediata en el sentido de realizar, dentro de un plazo razonablemente breve a partir de la ratificación de la Convención Americana, acciones deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en tales instrumentos.⁴⁶

La adopción de medidas para lograr la efectividad de los derechos humanos requiere que, además de las medidas legislativas precisas para suplir eventuales lagunas o insuficiencias del derecho interno, o para realizar las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones estatales, el Estado adapte su actuación a la normativa de la Convención Americana. Por tanto, esta obligación general implica que tales

⁴⁴ Corte IDH, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-7/86, 29 de agosto de 1986, párr. 30.

⁴⁵ Dulitzky, Ariel E., “Alcance de las obligaciones internacionales de derechos humanos”, en Martín, Claudia; Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara B., José A. (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana-American University-Fontamara, 2004, p. 89.

⁴⁶ Comité DESC, La índole de las obligaciones de los Estados parte, observación general 3, 1990, (párr. 1 del art. 2 del Pacto), párrs. 2-3.

medidas de derecho interno —normativas y de conducta— sean efectivas (principio del *effet utile*),⁴⁷ en el sentido de que tengan un impacto real en la vida cotidiana de la gente. Aunque los Estados gozan de una amplia discrecionalidad para disponer el tipo de medidas a adoptar, tienen que justificar las razones por las que han elegido determinadas medidas y no otras, ya que a fin de cuentas, al órgano de vigilancia pertinente le corresponde determinar si se han adoptado todas las medidas necesarias o si ellas son o no apropiadas.⁴⁸

De este modo, los Estados: a) deben suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en el Pacto de San José, y b) deben expedir normas y desarrollar prácticas conducentes a la efectiva realización de tales garantías.⁴⁹ Además, esta “obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado”.⁵⁰ En este sentido, la obligación contenida en el artículo 2 tiene un carácter marginal para aquellos supuestos en los que el artículo 1.1 resulte insuficiente en el sentido de que determinados derechos pueden necesitar normas o medidas internas complementarias para ser aplicados de forma inmediata. Tal como lo señala Piza Escalante,

[...] tratándose de derechos reconocidos por la Convención de manera inmediata e incondicional, basta con el deber de los Estados Partes de respetarlos y garantizarlos, de conformidad con el artículo 1.1, para que sean plenamente exigibles frente a esos Estados de la misma manera inmediata e incondicional, por lo menos como derechos de la Convención, que es lo único sobre lo cual la Corte ejer-

⁴⁷ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73, párr. 87.

⁴⁸ Comité DESC, observación general 3 (1990)..., *supra*, párr. 4.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52, párr. 207; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 118.

⁵⁰ Corte IDH. *Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C, núm. 123, párr. 93.

ce su jurisdicción. Lo que ocurre es que algunos derechos, de conformidad con su naturaleza o con la propia Convención, carecen de esa virtualidad sin que normas u otras medidas complementarias permitan tenerlos por plenamente exigibles, como ocurre, por ejemplo, con los políticos (art. 23) o con los de protección judicial (art. 25), que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención, es decir, en el plano internacional, y no solo como cuestión del orden interno de cada Estado: si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, este sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible.⁵¹

Por tanto, hay algunas medidas que los Estados deben adoptar de forma inmediata, pues ni siquiera suponen la erogación de recursos públicos, tales como adecuar el derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana mediante: *a)* la derogación de toda norma jurídica contraria a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado; por ejemplo, las que impidan la libertad de asociación y sindicalización o las que impongan cuotas a la educación primaria, y *b)* la eliminación de cualquier discriminación *de jure* —toda legislación, regulación y práctica discriminatoria, incluyendo acciones de omisión y comisión— y *de facto* que afecte el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos. Cuando un Estado no lleva a cabo la adopción de medidas en las dos vertientes mencionadas —suprimir y expedir—, contraviene no solo las normas convencionales que consagran los respectivos derechos, sino también el artículo 2 de la Convención Americana.⁵²

⁵¹ Corte IDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta..., *supra*, opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 27.

⁵² Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, núm. 35, párrs. 97-98.

3.4. LA OBLIGACIÓN
DE NO DISCRIMINACIÓN

La obligación de garantizar que los derechos humanos se ejerzan sin discriminación alguna debe ser asumida de forma inmediata por los Estados, ya que la misma no está subordinada a su implementación gradual ni a la disponibilidad de recursos y, evidentemente, “abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente”.⁵³ Es factible señalar que el no ser objeto de discriminación puede concebirse como un “metaderecho”, en el sentido de que designa el derecho humano de las personas a que el Estado adopte las medidas necesarias para lograr: a) el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás, y b) la realización efectiva de todos los derechos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, sin establecer jerarquías entre ellos, lo cual implica el diseño y aplicación de políticas públicas que persigan tales fines.⁵⁴

Bajo estos parámetros, el derecho humano a la no discriminación no permite ser categorizado como un derecho civil y político, o como un derecho económico, social y cultural.⁵⁵ Al respecto, la Corte IDH ha hecho una interpretación amplia sobre el derecho a la no discriminación y a la igualdad ante la ley, a tal punto que los ha considerado como imperativos del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, lo cual implica que:

⁵³ Comité DESC, El derecho a la educación (art. 13 del Pacto), observación general 13, 1999, párr. 31.

⁵⁴ Para Sen, un metaderecho a algo [“x”] puede ser definido como el derecho a tener políticas estatales [“p(x)”] que persigan genuinamente el objetivo de hacer realizable el derecho a “x”. En Sen, Amartya, “The right not be hungry”, en Alston, Philip y Tomaševski, Katrina (eds.), *The right to food*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 70.

⁵⁵ Scheinin, Martin, “Justiciability and the Indivisibility of Human Rights”, en Squires, John *et al.*, (eds.), *The road to a remedy. Current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Australia, Australian Human Rights Centre-The University of New South Wales-Centre on Housing Rights and Evictions, 2005, pp. 21-22.

[...] pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.⁵⁶

Por tanto, la no discriminación está íntimamente ligada al derecho a la igualdad ante la ley (art. 24 de la Convención Americana), en el sentido de que el reconocimiento de tal igualdad prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal, prohibición que se encuentra ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por el Pacto de San José, extendiéndose al derecho interno de los Estados. Con base en esas disposiciones, los Estados se comprometen a no introducir en sus ordenamientos jurídicos regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley, ya que impregna toda actuación del poder público en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de todos los derechos humanos. De tal manera,

[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferen-

⁵⁶ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párrs. 100-101.

cias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.⁵⁷

En tal sentido, si la parte final del artículo 1.1 prohíbe al Estado discriminar por diversas razones, entre ellas la posición económica, el sentido de la expresión “discriminación” que menciona el artículo 24 debe ser interpretado a la luz del artículo 1.1; por tanto, si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención Americana le garantiza, se ve impedida en el disfrute de los mismos por su posición económica u otra de las razones prohibidas internacionalmente, queda discriminada y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley.⁵⁸

Evidentemente, no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, en el sentido de no atentar por sí mismo contra la dignidad humana, ya que existen ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico sin que se consideren contrarias a la justicia, sino más bien, vehículos para realizarla o para proteger a los sectores más vulnerables de la sociedad;⁵⁹ es el caso de las mujeres, la niñez, las personas con algún tipo de discapacidad, las personas mayores, los pueblos indígenas y afrodescendientes, etcétera.

Por tanto, para determinar qué diferencias de tratamiento son o no discriminatorias, es necesario establecer criterios objetivos de razonabilidad, proporcionalidad y justicia; de esta manera, no habría discriminación:

[...] si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afir-

⁵⁷ Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, párrs. 54-55.

⁵⁸ Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990, párr. 22.

⁵⁹ Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política..., *supra*, párr. 56.

marse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.⁶⁰

Todo lo señalado anteriormente es particularmente importante en América Latina, donde la discriminación por motivos económicos y sociales es una de las principales causas de violaciones a los derechos humanos, lo cual se ve reflejado sobre todo en “los conceptos de raza y antecedentes étnicos así como a lo largo de la división urbana y rural, [que] perpetúa y contribuye a una vasta discriminación, particularmente en los aspectos relativos a la dotación de servicios sociales y gasto público para servicios esenciales tales como atención médica, educación y vivienda”. Por ello, para garantizar el derecho a la no discriminación y a la igualdad ante la ley, no solamente se requiere que los Estados se abstengan de realizar prácticas discriminatorias y remuevan las normas legales que las promueven o permiten, sino también deben adoptar medidas positivas para corregir la inequidad social, puesto que, “cuando la discriminación histórica se ha convertido en parte de la estructura social, la mera aprobación de leyes y la ausencia de una conducta pública no discriminatoria no son suficientes para garantizar la igualdad ante la ley. Se precisan, adicionalmente, medidas positivas”.⁶¹

En este orden de ideas, la CIDH ha manifestado que

Las garantías de protección igual ante la ley y de la ley, establecidas en el artículo 24 de la Convención Americana, y la prohibición de la discriminación estipulada en el artículo 1.1, son esenciales para que los individuos estén habilitados para disfrutar toda la gama de sus derechos y libertades fundamentales. En los casos en que ciertos grupos de la población históricamente han sido objeto de cierta for-

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 57.

⁶¹ Melish, Tara, *op. cit.* Las citas corresponden, en su orden, a las pp. 216 y 225.

ma de discriminación pública o privada, la existencia de disposiciones legislativas puede no bastar como mecanismo para asegurar su igualdad en la sociedad. El derecho a igual protección de la ley y a ser iguales ante la ley también puede exigir la adopción de medidas positivas para establecer la protección contra un tratamiento discriminatorio en los sectores público y privado. Por ejemplo, quizás sea necesario adoptar medidas positivas para asegurar la igualdad de tratamiento en las esferas pública y privada de la educación y el empleo.⁶²

De este modo, cuando las diferencias en el goce efectivo de los derechos humanos son abismales y discriminan efectivamente a grandes sectores de la población, especialmente a los más vulnerables, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las providencias necesarias, en la medida de los recursos disponibles, para hacer efectivos tales derechos,⁶³ puesto que cuando una persona no está en condiciones de satisfacer sus necesidades básicas debido a la pobreza, se restringe su capacidad para gozar de *todos* sus derechos humanos y, en consecuencia, se ve imposibilitada para participar activamente en las decisiones políticas de su comunidad, debilitándose así el Estado de derecho y la democracia.

Por tanto, las obligaciones que emanan del artículo 1 de la Convención Americana requieren que el Estado garantice las condiciones básicas para proteger los derechos de los grupos vulnerables y marginados de la sociedad, entre los que se incluyen los que sufren los efectos de la pobreza. En este sentido, los principios generales de no discriminación e igualdad, reflejados en los artículos 1 y 24 del Pacto de San José, “requieren la adopción de medidas destinadas a superar las desigualdades en la distribución interna y las oportunidades”.⁶⁴

Finalmente, hay que señalar que la prohibición de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia. Debe

⁶² CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 24 de abril 1997, cap. X: Los derechos humanos de los afroecuatorianos, párr. 8.

⁶³ CIDH, Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 1 de junio de 1993, cap. I. Conclusiones, párrs. 2-3.

⁶⁴ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador..., *supra*, B. El contexto económico y derechos contaminantes, párr. 21.

reprobarse en todos los casos, ya sea que se proyecte sobre derechos considerados esenciales —como los referentes a la vida, la integridad física o la libertad personal, entre otros— o sobre derechos a los que algunos asignan un rango distinto. Sin duda, es discriminatorio prever sanciones diferentes por las mismas faltas en función de la pertenencia a determinados grupos sociales, religiosos o políticos. “Lo es negar el acceso a la educación a los integrantes de un grupo étnico y permitirla, en cambio, a los miembros de otro. Y lo es —bajo el mismo título de reproche— proveer a unas personas con todas las medidas de protección que merece la realización de un trabajo lícito, y negarlas a otras personas que despliegan la misma actividad, arguyendo para ello condiciones ajenas al trabajo mismo, como son las derivadas, por ejemplo, de su status migratorio”.⁶⁵

En tal sentido, un Estado que se declare respetuoso de los derechos humanos y se muestre verdaderamente interesado en un desarrollo democrático y eficaz, debe sostenerse sobre la igualdad y no discriminación de las personas sujetas a su jurisdicción, y sobre la plena incorporación de las mismas “en la vida pública, social y económica, aprovechando y desarrollando sus valores humanos, culturales y organizativos”.⁶⁶

3.5. LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL

La Convención Americana consagra determinadas obligaciones relativas a las garantías judiciales y al derecho a la protección judicial, establecidas en sus artículos 8 y 25. Con respecto a las primeras, el artículo 8.1 establece que toda persona tiene derecho “a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para

⁶⁵ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes..., *supra*, voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 20.

⁶⁶ CIDH, La situación de los derechos humanos de los indígenas de las Américas, 20 de octubre de 2000, cap. I. 2. A.

la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

De la lectura de este artículo se infiere que las garantías en él señaladas pueden aplicarse no solo en situaciones en que una persona sea acusada penalmente, sino también cuando se ventile un asunto en sede judicial o administrativa de cualquier carácter, en tanto que un Estado que se precie democrático, debe garantizar a las personas bajo su jurisdicción el derecho a las garantías procesales, el derecho a obtener una respuesta en un plazo razonable y el derecho a que su asunto sea escuchado y juzgado por un juez o tribunal independiente, imparcial y competente, independientemente de la materia de que se trate. El acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva implica “la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia”.⁶⁷

En relación con el derecho a la protección judicial, el artículo 25 establece que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. En virtud de ello, los Estados tienen la obligación de: a) garantizar que las personas que interpongan un recurso obtengan una decisión imparcial de la autoridad competente; b) asegurar el cumplimiento o la ejecución de la decisión en que se haya estimado procedente el recurso, y c) en caso de no existir dentro del ordenamiento jurídico interno los recursos judiciales idóneos, colmar dicha laguna mediante el desarrollo de las posibilidades de recurso judicial.

Es importante reiterar que este artículo reconoce el derecho a un recurso rápido y sencillo contra actos u omisiones que trans-

⁶⁷ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes..., *supra*, voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 36.

gredan derechos humanos reconocidos en tres niveles: la propia Convención Americana y sus protocolos; la Constitución del Estado en cuestión, y sus leyes secundarias. Tomando en cuenta la experiencia jurídica de los ámbitos internos latinoamericanos, un recurso rápido y sencillo lo constituye la acción o recurso de amparo, la acción de tutela y el recurso de protección;⁶⁸ y, en caso de que los Estados incumplan decisiones judiciales que le impongan obligaciones en materia de derechos humanos, o en caso de que tales recursos no estén dispuestos en el ordenamiento nacional, puede constituir una violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana.⁶⁹ En palabras de la Corte IDH:

[...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios [...]. Las conclusiones precedentes son válidas, en general, respecto de todos los derechos reconocidos por la Convención, en situación de normalidad.⁷⁰

El Tribunal Interamericano también ha señalado que el derecho a ser oído con las debidas garantías tiene un alcance amplio,

⁶⁸ En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales”, en Corte IDH, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías..., *supra*, párr. 32.

⁶⁹ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Courtis, Cristian; Hauser, Denise y Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional...*, *cit.*, pp. 37-38.

⁷⁰ Corte IDH, Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, párrs. 24-25.

pues no se limita a la materia penal, sino que se extiende a otros ámbitos, como el administrativo y el laboral. Obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas es un derecho humano que debe respetarse en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.⁷¹ Así, las personas tienen el derecho a disponer de medios adecuados de reparación y de mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los Estados cuando se dé una violación de sus derechos.

Hay que precisar que el derecho a un recurso efectivo no implica necesariamente la existencia de un recurso judicial, ya que los recursos administrativos también pueden ser adecuados en muchos casos, siempre que sean accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. De cualquier manera, en diversas ocasiones, siempre será necesario:

[...] establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos [...]. Por el mismo motivo, hay algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación (aunque sin limitarse en modo alguno a ellas), respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto [de San José]. En otras palabras, cuando un derecho [económico, social o cultural] no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales.⁷²

3.6. LAS OBLIGACIONES SURGIDAS DE LAS NORMAS DE LOS CAPÍTULO IV Y V DEL PACTO DE SAN JOSÉ

En el capítulo IV se establecen las cuestiones relacionadas con la suspensión de garantías (art. 27), la cláusula federal (art. 28), las normas de interpretación (art. 29) y el alcance de las restricciones (art. 30). En el capítulo V, el artículo 32 se refiere a la

⁷¹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Excepciones preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 61, párrs. 125-127.

⁷² Comité DESC, La aplicación interna del Pacto, observación general 9, 1998, las citas corresponden, en su orden, a los párrs. 3 y 9.

correlación entre derechos y deberes. En virtud del artículo 27, los Estados solo pueden suspender la vigencia de los derechos humanos “en caso de guerra, de peligro público” o de otra emergencia que amenace su independencia o seguridad, siempre y cuando sean en la medida y por un tiempo estrictamente limitados “a las exigencias de la situación [...], no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

Además, el Estado en cuestión debe “informar inmediatamente” a los demás Estados parte en la Convención Americana, por conducto del secretario general de la OEA: a) de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido; b) de los motivos que hayan suscitado la suspensión, y c) de la fecha en que haya dado por terminada tal medida. Cabe destacar que el Pacto de San José concibe que la existencia de una situación de emergencia por los motivos ya señalados no implica “la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados parte están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia”.⁷³

En términos de la Corte IDH:

[e]l análisis jurídico del citado artículo 27 y de la función que cumple debe partir de la consideración de que es un precepto concebido solo para situaciones excepcionales”, y además, dicha suspensión no puede desvincularse de lo establecido en el Preámbulo de la Convención Americana que reafirma el propósito de consolidar en el continente americano, “dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” [por lo que la] suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona.⁷⁴

⁷³ Corte IDH, Garantías judiciales en Estados de Emergencia..., *supra*, párr. 25.

⁷⁴ Corte IDH, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías..., *supra*. Las citas corresponden, en su orden, a los párrs. 19-20.

Con respecto a la cláusula federal (art. 28), baste decir que un Estado parte en la Convención Americana tiene la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de derechos humanos por parte de todos los estados, provincias, comunidades, etc., que formen parte de la federación. De acuerdo con el artículo 29, que consagra el principio *pro homine*, ninguna de las disposiciones del Pacto de San José puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir la supresión o limitación del ejercicio de los derechos reconocidos en dicho instrumento; b) limitar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en las leyes de los Estados parte o en otros tratados por ellos ratificados; c) excluir otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se derivan del sistema democrático, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana y otros actos internacionales de la misma naturaleza, ya que todos los Estados miembros de la OEA, incluidos los que son partes en el Pacto de San José, no están exentos de incumplir con las obligaciones que derivan de la Declaración Americana.⁷⁵

Por último, el artículo 30 señala que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana solo pueden ser aplicadas “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”; en el mismo sentido, el artículo 32 establece que los derechos de cada persona “están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. Así, solo aquellas leyes adoptadas por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, y ceñidas al bien común, pueden restringir el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por los Estados tanto en sus constituciones, en sus leyes secundarias y en los tratados internacionales ratificados por ellos.⁷⁶

⁷⁵ Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-10/1989, 14 de julio de 1989, párr. 46.

⁷⁶ Corte IDH, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, párr. 37.

Aunque es posible que las nociones de “bien común” u “orden público” pueden ser usadas para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de intereses colectivos, hay que enfatizar que de ninguna manera podrían invocarse como medios para suprimir un derecho o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. De esta manera, “el bien común” debe ser entendido como las condiciones de la vida social que permiten a las personas dentro de una sociedad el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos, ya que este concepto contiene el imperativo de organizar “la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana”.⁷⁷ Por tanto, cuando estas dos nociones se invoquen para limitar o restringir los derechos humanos, deben interpretarse ciñéndose a las justas exigencias de una sociedad democrática que considera el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador.

⁷⁷ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas..., *supra*, párrs. 66-67.

IV. Las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales

4.1. INTRODUCCIÓN

La Convención Americana sobre Derechos Humanos junto con su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) constituyen el corazón mismo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación con la promoción y defensa de los derechos económicos, sociales y culturales.

Tradicionalmente, los derechos económicos, sociales y culturales han sido diferenciados de los civiles y políticos en virtud de las obligaciones que, en teoría, generan para los Estados. Así, a los primeros se les imputa únicamente obligaciones positivas con su consecuente gravamen presupuestario y que los convierte en derechos caros, mientras que a los segundos se les imputa solamente obligaciones negativas que exigen la mera abstención estatal y que los convierte en derechos baratos. Sin embargo, la práctica en materia de derechos humanos ha demostrado que tal distinción no es absoluta, ya que todos los derechos se caracterizan por estar compuestos de pretensiones híbridas que exigen al Estado, en unos casos actuar y en otros abstenerse, ambas cuestiones con diferentes niveles de gradualidad.

Pese a ello, al momento de elaborar los instrumentos internacionales de derechos humanos se establecieron obligaciones específicas de distinto alcance para los derechos civiles y políti-

cos, y para los derechos económicos, sociales y culturales. Así, por ejemplo, en el ámbito universal los Estados se comprometen a *respetar* y *garantizar* los primeros, y a *adoptar* todas las medidas oportunas para hacerlos efectivos (art. 2 del PIDCP), mientras que en relación con los segundos, el compromiso de los Estados para *garantizarlos* está supeditado a la adopción de medidas hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente su plena efectividad (art. 2 del PIDESC). En otras palabras, en relación con los derechos civiles y políticos se establece la obligación de adoptar medidas *inmediatas*, pero en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, la adopción de medidas está condicionada por su *progresividad* y por la disponibilidad de recursos.

En el ámbito interamericano, la obligación establecida en el artículo 26 de la CADH se limita al compromiso de los Estados a adoptar las medidas necesarias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la medida de los recursos disponibles. En este sentido, la CADH establece una obligación específica de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. A su vez, el Protocolo de San Salvador ratifica la obligación estatal de: *a)* adoptar medidas; *b)* adoptar disposiciones de derecho interno, y *c)* la no discriminación.

En lo que sigue analizaremos las obligaciones específicas que los Estados deben cumplir para la efectiva realización de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos particularmente en la CADH y en el Protocolo de San Salvador.

4.2. OBLIGACIÓN GENERAL DE RESPETAR Y GARANTIZAR, Y SU APLICABILIDAD A LA TOTALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y SUS PROTOCOLOS

De la doble obligación general de respetar y garantizar establecidas en el artículo 1 de la CADH surge el deber estatal de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos, y procurar además el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en

su caso, la reparación de los daños producidos por dicha violación; y a su vez, el deber de garantizar un contenido mínimo esencial.¹

La relevancia de determinar las obligaciones que surgen de los artículos 1 y 2 de la CADH radica en su alcance, en el sentido de: *a)* si solo son aplicables al capítulo II de la CADH que contiene derechos civiles y políticos, o *b)* si también son aplicables respecto al artículo 26 del capítulo III que consagra “derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA”, y en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Protocolo de San Salvador.

En relación con la aplicabilidad a todos los derechos establecidos en la CADH, hay que reiterar que este instrumento es claro al señalar que los Estados tienen la obligación de respetar “los derechos y libertades reconocidos en ella”, es decir, los derechos consagrados en la Parte II (arts. 2-25) y Parte III (art. 26). La propia Corte IDH ha señalado que:

[...] resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).²

Y en relación con la aplicabilidad de las obligaciones generales a los derechos consagrados en el Protocolo de San Salvador, se debe recordar que un protocolo es un instrumento que complementa un tratado principal de derechos humanos ya existente, y en general puede: *a)* referirse a una nueva área sustantiva que no fue incluida en el texto original del tratado principal o que

¹ Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...*, cit., p. 177.

² Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198, párr. 100.

fue incluida de manera marginal, o bien, b) referirse a aspectos de procedimiento sobre la forma en que dicho instrumento ha de ser supervisado por un órgano de vigilancia.

En este caso, evidentemente el Protocolo de San Salvador perfecciona a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales y, por ende, es parte integral de la misma. Por todo lo anterior, las obligaciones generales del artículo 1 y 2 de la CADH son aplicables a *todos* los derechos consagrados en ella (arts. 3-26), así como a los reconocidos en el Protocolo de San Salvador, pues el instrumento principal junto con sus protocolos adicionales constituyen un todo normativo.

Para reafirmar la posición anterior, también es preciso remitirnos al artículo 29 de la CADH que refleja el principio *pro homine* en el sentido de que prohíbe “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”, la cual contiene un importante número de DESC, y sirve como guía ineludible para identificar los derechos humanos incluidos en la Carta de la OEA. De este modo, “excluir la aplicación de los artículos 1 y 2 de la Convención significaría adoptar una interpretación que excluya o limite el efecto de la Declaración Americana, frustrando el mandato expreso del artículo 29 inciso d)”.³

También es preciso señalar que el Protocolo de San Salvador contiene en sus artículos 1 y 2 las obligaciones generales de: a) adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el efectivo goce de los derechos allí contenidos; b) adecuar el derecho interno estatal a los estándares señalados por dicho instrumento, y c) garantizar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales sin discriminación alguna. En este sentido, además de las obligaciones generales de la CADH que se aplican al artículo 26 y al Protocolo de San Salvador, estas obligaciones específicas deben aplicarse a todos los derechos contenidos en el Protocolo.

³ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Courtis, Cristian; Hauser, Denise y Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional...*, cit., pp. 30-31.

Por tanto, teniendo en cuenta que las obligaciones generales derivadas de los artículos 1 y 2 de la CADH también son aplicables al artículo 26 referente a derechos económicos, sociales y culturales y al Protocolo de San Salvador, las consecuencias jurídicas para la efectividad de estos derechos nos presenta un escenario favorable para lograr su protección eficaz pese a las limitaciones normativas de la CADH y del Protocolo de San Salvador.

4.3. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 26 DE LA CADH

El artículo 26 de la CADH establece que:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como a través de la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Una primera cuestión importante es la remisión que hace este artículo, ya que no alude a los derechos expresamente reconocidos en la Carta de la OEA, como el derecho al trabajo (art. 45) o el derecho a la educación (art. 49), sino a los derechos implícitos o derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, con lo cual parece que esta formulación sugiere un esfuerzo consciente por no proporcionar una enumeración coherente de los derechos en cuestión; y además, al encontrarse la mayoría de esas normas en el capítulo VII sobre “Desarrollo integral” se corre el riesgo de interpretar que se trata más de objetivos sociales implícitos que de derechos propiamente dichos. Frente a ello, es fundamental determinar si de tales normas se derivan derechos o simples objetivos sociales de política pública.

Sobre la naturaleza del contenido de las normas pertinentes de la Carta de la OEA, hay que señalar que si bien es un instrumento que consagra fundamentalmente principios, objetivos y medidas de política pública, el carácter convencional del artícu-

lo 26 le confiere el valor de derechos humanos a todas esas normas de las que pueden derivarse DESC (*Ibidem*, 5-6). La propia CIDH ha reconocido que la reforma efectuada a la Carta de la OEA a través del Protocolo de Buenos Aires, “consagra diferentes derechos económicos, sociales y culturales”.⁴

Por otro lado, la CADH, al ser un tratado internacional de derechos humanos, tiene como objeto y fin promover y proteger los derechos de las personas mediante los mecanismos de control establecidos en ella, y que a dicho fin se debe subordinar la interpretación de todas sus disposiciones. En este sentido, sería contradictorio que incluyera dentro de su texto, aunque sea por derivación (en este caso el art. 26), disposiciones relativas a objetivos o metas de política pública y no derechos, ya que es un tipo de instrumento de carácter convencional que por naturaleza consagra derechos y obligaciones.

Por tanto, el artículo 26 al disponer la obligación de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos”, claramente expresa la intención de buscar la protección de los derechos que se derivan de las normas pertinentes de la Carta de la OEA. Además, no tendría sentido argumentar que este artículo fue dispuesto solo para repetir los términos de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA. Bajo estos parámetros, el “texto de la norma debe ser interpretado de forma tal, que sus términos adquieran sentido y un significado específico”,⁵ que no es otro que consagrar derechos que generan obligaciones específicas para los Estados parte en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Por último, si el artículo 26 activa el proceso de razonamiento por el cual se parte de la proposición aceptada como verdadera de que se pueden derivar derechos de las normas pertinentes de la Carta de la OEA, entonces la existencia de tales derechos —y

⁴ CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia 1999, 26 de febrero de 1999, cap. III: Los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 4.

⁵ Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”, *cit.*, p. 463.

no principios ni objetivos sociales— es una verdad contenida en la CADH. En consecuencia, el artículo 26 de la CADH no trata solamente “de expresiones programáticas que induzcan políticas públicas, sino de fórmulas normativas que determinan el sentido y el contenido de esas políticas, de las disposiciones en las que estas se expresan y de los actos en que unas y otras se concretan”.⁶

Una segunda cuestión importante sobre la remisión del artículo 26 es que tampoco se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales claramente consagrados en la Declaración Americana de los Derechos o Deberes del Hombre, razón por la cual es preciso interpretar dicha remisión en el marco del principio *pro homine* y el principio de interpretación *bona fide*. El primero, entendido como “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o la suspensión extraordinaria”;⁷ y el segundo, concebido como la regla general hermenéutica que implica interpretar la Convención Americana y sus protocolos “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (art. 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados).

Aunque este último principio se aplica a todo tipo de tratados, en materia de derechos humanos la interpretación teleológica tiene una importancia mayor, ya que “los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”,⁸ razón por la cual instrumentos

⁶ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros...*, *supra*, párr. 19.

⁷ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto-Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, p. 163.

⁸ Corte IDH, Otros tratados objeto de la Función consultiva de la corte..., *supra*, párr. 24.

como la CADH o el Protocolo de San Salvador deben interpretarse y aplicarse teniendo presentes las necesidades de las personas.⁹

Bajo estos parámetros, el artículo 26 contiene ciertos términos que conforme a su sentido corriente denotan la existencia de derechos y obligaciones que los Estados se comprometen a satisfacer y cumplir en materia de derechos económicos, sociales y culturales, por lo que sería erróneo interpretar que en virtud de esta norma los Estados en general solo reconocen principios y objetivos sociales que no pueden ser catalogados como derechos.

Analizando las normas pertinentes de la Carta reformada de la OEA, encontramos que nos ofrece dos niveles de normas —genéricas y específicas— de las que pueden derivarse DESC. En un primer nivel se encuentran las normas de los capítulos I (Naturaleza y propósitos) y II (Principios) que establecen disposiciones relacionadas con el desarrollo económico, social y cultural (art. 2.f y h); la erradicación de la pobreza crítica (art. 2.g y 3.f); la justicia y la seguridad sociales (art. 3.j); la cooperación económica para el bienestar y prosperidad de los pueblos (art. 3.k); la no discriminación en el ejercicio de los derechos humanos (art. 3.l); el respeto a la personalidad cultural y la cultura humana (art. 3.m); y la educación (art. 3.n).

Dentro de este mismo grupo se ubican las normas del capítulo VII (Desarrollo integral) relativas a la justicia social y el desarrollo integral en materia económica, social, educacional, cultural, científica y tecnológica (arts. 30-32); “la creación de un orden económico y social justo que permita y contribuya a la plena realización de la persona humana” (art. 33); “la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso” (art. 34); los salarios justos, oportunidades laborales y condiciones de trabajo aceptables (art. 34.g); la erradicación del analfabetismo y ampliación universal de las oportunidades educativas (arts. 34.h y 50); la extensión y aplicación de los conocimientos médicos (art. 34.i); la nutrición adecuada (art. 34.j); la vivienda adecuada para todos (art. 34.k); las condiciones urbanas que posibiliten una vida

⁹ Cançado Trindade, Antônio, A., *El derecho internacional de los derechos humanos...*, cit., pp. 48-49.

sana y digna (art. 34.l); la seguridad social (art. 45.h); la debida asistencia legal para que todas las personas puedan hacer valer sus derechos (art. 45.i); el estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura (arts. 47 y 51), y la satisfacción de las necesidades educacionales y la preservación del patrimonio cultural de los pueblos americanos (art. 48).

En un nivel más específico y en el que incluso las normas hablan de derechos propiamente dichos, se encuentran las que reconocen el derecho de todas las personas al bienestar material y al desarrollo espiritual “en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica” (art. 45.a); el derecho al trabajo, a condiciones laborales y salarios justos que “aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar” (art. 45.b); el derecho de los trabajadores y empleadores a asociarse libremente (art. 45.c); el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores (art. 45.c); el derecho al reconocimiento de la personería jurídica de sus asociaciones y la protección de su libertad e independencia (art. 45.c); el derecho a la educación, especialmente la primaria que debe ser obligatoria y gratuita para la población en edad escolar (art. 49.a). La educación media debe ser extendida progresivamente a la mayor parte posible de la población, y la educación superior debe estar abierta a todos (art. 45.b y c). Finalmente, los derechos de los trabajadores a la seguridad social (art. 46).

En el nivel más específico, podemos determinar con claridad: *a)* los derechos laborales, dentro de los cuales están: (i) el derecho a condiciones dignas de trabajo; (ii) el derecho a un salario justo; (iii) el derecho de huelga; (iv) el derecho de libertad sindical, y (v) el derecho a la negociación colectiva; *b)* el derecho a la seguridad social, y *c)* el derecho a la educación. En el nivel más genérico se podrían derivar: *d)* el derecho a la vivienda deducido del artículo 34 literales *k)* y *l)*; *e)* el derecho a la alimentación derivado del artículo 34 literal *j)*; *f)* el derecho a la salud inferido del artículo 34 literales *i)* y *l)* y del artículo 45 literal *h)*; y *g)* los derechos culturales derivado del artículo 2 literal *m)*, de los artículos 30 y 31, y del artículo 48. Por último, también se puede inferir: *h)* el derecho a la no discriminación del artículo 3

literal l) e i), el derecho a la debida asistencia legal del artículo 45 literal i), los cuales están muy arraigados en la cultura jurídica contemporánea y su importancia radica en que son imprescindibles para el ejercicio efectivo de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales.

4.4. EL ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN ESPECÍFICA DEL ARTÍCULO 26

Es importante resaltar que el artículo 1 del Protocolo de San Salvador prácticamente reproduce el texto del artículo 26 de la CADH, por lo que el análisis de las obligaciones contenidas en este último, también es extensiva a las del primero.

<i>Artículo 26 de la CADH</i>	<i>Artículo 1 del Protocolo de San Salvador</i>
Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.	Los Estados parte en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

A su vez, algunos puntos del artículo 26 —y por lo tanto, del artículo 1 del Protocolo de San Salvador— son coincidentes con los del artículo 2 de la CADH; por ejemplo, ambos artículos establecen la obligación de los Estados parte de “adoptar providencias” (art. 26) / “adoptar medidas legislativas o de otro carácter” (art. 2) “para lograr [...] la plena efectividad de los derechos [...] por vía legislativa u otros medios apropiados” (art. 26) / “para

hacer efectivos tales derechos y libertades” (art. 2). De esta manera, el análisis que realizamos en el apartado 2.2.2 acerca de la obligación de adoptar medidas contenida en el artículo 2, es perfectamente trasladable a la del artículo 26; se puede sostener entonces que la obligación del artículo 2 es un caso de *lex generalis* respecto de todos los derechos contenidos en la CADH, incluidos los inferidos del artículo 26, mientras que la obligación del artículo 26 es un caso de *lex specialis* respecto de los DESC derivados de las normas pertinentes de la Carta de la OEA.

Ahora bien, mientras la obligación general del artículo 2 se aplica a todos los derechos humanos reconocidos en la CADH, la obligación específica del artículo 26 adapta dicha obligación general a sus particularidades cuando se trata de los derechos económicos, sociales y culturales. Es decir, los Estados quedan obligados a adoptar medidas, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional —especialmente económica y técnica—, para lograr la plena efectividad de tales derechos progresivamente y en la medida de los recursos disponibles.

Como vemos, la fórmula del artículo 26 establece claramente la obligación que los Estados deben cumplir, su objetivo, su modalidad, sus vías de aplicación y la condicionalidad de su realización. Así, el contenido de la obligación consiste en “adoptar providencias”, el objetivo es lograr la plena efectividad de los derechos protegidos, la modalidad es de forma progresiva, sus vías de aplicación son la legislativa u otros medios apropiados tanto en el nivel interno como mediante la cooperación internacional, y su realización está condicionada a la medida de los recursos disponibles. Estas nociones de “progresividad” y de “disponibilidad de recursos” han dado lugar a que se considere que la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales pertenece al ámbito de las aspiraciones políticas y consecuentemente, que son derechos que no generan verdaderas obligaciones que los Estados deben cumplir. Incluso, la CIDH, en una temprana posición poco afortunada, señaló que la CADH “adopta la perspectiva de considerar los derechos económicos, sociales y culturales como objetivos de desarrollo y no como valores en sí mismos”.¹⁰

¹⁰ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983-1984, 28 septiembre 1984, cap. V, II, párr. 4.

Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo ha logrado superar esta visión tan restringida, y en la actualidad puede considerarse insostenible, a tal punto que:

La Corte entiende que es reclamable o exigible la observancia del artículo 26 —norma imperiosa, no solo sugerencia política— ante instancias llamadas a pronunciarse sobre ese extremo, en el marco del Derecho interno o en el ámbito externo, conforme a las decisiones constitucionales y a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado. La valoración tiene dos dimensiones: la observancia de la progresividad, atenta al máximo esfuerzo para conseguirla, y la negación de la regresividad, que contraría los postulados y el espíritu del *corpus juris* de los derechos humanos y que también debe ser valorada por las jurisdicciones correspondientes.¹¹

4.5. LA PROGRESIVIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 26 DE LA CADH

El artículo 26 de la CADH, al igual que el artículo 2.1 del PIDESC, establece que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales se realizará progresivamente teniendo en cuenta las limitaciones de recursos. Aunque el artículo 26 no enumera las medidas específicas de ejecución dejando a la discrecionalidad del Estado la determinación de las medidas administrativas, legislativas o de otro carácter que resulten adecuadas:

[...] expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos.¹²

Sin embargo, dicha progresividad no significa que los Estados tengan total discrecionalidad para adoptar las medidas necesari-

¹¹ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros...*, *supra*, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 21.

¹² CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 24 de abril 1997, cap. II: Introducción. B. El contexto socioeconómico y derechos concomitantes, párr. 14.

rias sin límites en el tiempo en el sentido de poder aplazarlas indefinidamente ni que no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que cuando ratifican la CADH, asumen la obligación de avanzar continuamente hacia la plena efectividad de los derechos inferidos del artículo 26.

Bajo estos parámetros, el fundamento de la progresividad radica en la obligación de los Estados de asegurar condiciones que, de acuerdo a sus recursos materiales, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales.¹³ Esta obligación de avanzar implica cierta *gradualidad* y la *no regresividad* en la satisfacción de tales derechos, así como la idea de *progreso* en el sentido de que el Estado debe mejorar las condiciones de su ejercicio.¹⁴ Tal como lo ha manifestado la CIDH, la noción de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales “exige como mínimo que la vigencia y acceso a los mismos no se reduzca con el transcurso del tiempo”.¹⁵

En esta línea, los Estados tienen la doble obligación de mejorar continuamente el goce de los derechos económicos, sociales y culturales —obligación positiva—, y de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas —obligación negativa— que reduzcan los niveles de protección de los derechos vigentes o supriman los ya existentes. Bajo estos parámetros, una violación de las obligaciones derivadas de la noción de progresividad puede tener lugar tanto si los Estados no toman ninguna medida para ir avanzando en el disfrute de los derechos —omisiones— como cuando toman medidas deliberadamente regresivas —acciones—, y también cuando permanecen pasivos ante el deterioro del nivel de disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de la población.¹⁶

¹³ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993, 11 de febrero de 1994, (ii) El principio del desarrollo progresivo, párr. 3.

¹⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, cit., p. 93.

¹⁵ CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia..., *supra*, cap. III: Los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 4.

¹⁶ Sepúlveda, Magdalena, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión «progresivamente»”, en Cour-

Al respecto, la CIDH ha señalado que:

El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos. Luego, los retrocesos en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden configurar una violación, entre otras disposiciones, a lo establecido en el artículo 26 de la Convención Americana.¹⁷

Por su parte, la Corte IDH ha sostenido que en el marco de la flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades que implica la noción de progresividad

[...] el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.¹⁸

En este sentido, de cara a la protección judicial o cuasijudicial de los derechos económicos, sociales y culturales, la noción de progresividad y la prohibición de regresividad resultan ser una herramienta fundamental para someter a control judicial o cuasijudicial su cumplimiento por parte del Estado. En cuanto a la prohibición de regresividad, puede ser aplicada en el campo de los resultados de una política pública (regresividad de resultados) y en el campo de las normas jurídicas (regresividad normativa). En virtud de la primera, una política pública puede considerarse regresiva cuan-

tis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp. 124-127.

¹⁷ CIDH, Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, 2 de junio de 2000, secc. II, cap. IV.C., párr. 11.

¹⁸ Corte IIDH. *Caso Acevedo Buendía y otros...*, *supra*, párr. 102.

do sus resultados empeoren en comparación con los resultados de un punto de partida temporalmente anterior que ha sido elegido como parámetro, y en virtud de la segunda, una norma puede ser regresiva si al compararla con la norma que es derogada por ella, suprime, limita o restringe derechos existentes con anterioridad.¹⁹

En concordancia con lo anterior, la Asamblea General de la OEA ha entendido el principio de progresividad como “el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural”; dicho avance debe ser medido con un sistema de indicadores de progreso que permita establecer las distancias entre la situación en la realidad y el estándar deseado. A su vez, ha entendido que la regresividad está prohibida, concebida esta como “todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido”.²⁰

Sobre la base de lo anterior, la violación de las obligaciones estatales en virtud del principio de progresividad puede producirse por su acción directa, su inacción u omisión,²¹ y por su pasividad frente a violaciones perpetradas por terceros, que en el actual proceso de globalización neoliberal se refleja especialmente en el papel de las grandes corporaciones transnacionales cuyo poder es incluso mayor que el de los propios Estados. No obstante, cuando un Estado haya de tomar una medida regresiva a pesar de dicha prohibición, se requiere que lo considere cuida-

¹⁹ Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”..., *op. cit.*, pp. 3-4.

²⁰ “AG/RES. 2074 (XXXV-O/05). Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”, en Organización de Estados Americanos, *Actas y documentos volumen I AG/DEC. 41 a AG/DEC. 45 (XXXV-O/05). AG/RES. 2061 a AG/RES. 2157 (XXXV-O/05). Textos y certificados de las declaraciones y resoluciones*, Trigésimo quinto periodo de sesiones, Fort Lauderdale, Florida, del 5 al 7 de junio de 2005, OEA/Ser.P/XXXV-O.2, Secretaría General, Washington, D. C., 24 de octubre de 2005. Las citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 48 y 50.

²¹ Comité DESC, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), observación general 16, 2005, párr. 42.

dosamente y lo justifique enteramente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en los instrumentos pertinentes, y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que dispone.²²

Pese a esta excepcionalidad, las medidas regresivas deben considerarse *prima facie* violatorias de las disposiciones de la CADH o del Protocolo de San Salvador, por lo que si los Estados las adoptan, deben demostrar que existe un interés estatal permisible, que la medida tiene un carácter imperioso y que no existen cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión. Tal como lo ha señalado la CIDH, para evaluar si una medida regresiva es compatible con el artículo 26 del Pacto de San José, se debe “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”.²³ La importancia de estas condiciones, limitaciones o razones de peso radica en que los Estados no pueden utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos para adoptar medidas regresivas, sino que deben señalar concretamente qué derechos económicos, sociales y culturales pueden verse favorecidos con la adopción de tales medidas.²⁴

Así las cosas, es evidente que la noción de regresividad no siempre debe ser entendida como sinónimo de una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho y, en consecuencia, incompatible con el artículo 26 de la CADH, ya que los Estados pueden imponer determinadas restricciones a ciertos derechos económicos, sociales y culturales, siempre y cuando realicen “un análisis conjunto de la afectación individual

²² Comité DESC, La índole de las obligaciones de los Estados partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto), observación general 3, 1990, párr. 9; El derecho a la educación (art. 13 del Pacto), observación general 13, 1999, párr. 45; El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), observación general 14, 2000, párr. 32.

²³ CIDH, Admisibilidad y fondo. Asociación Nacional de exservidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Perú, informe 38/09, caso 12. 670, 27 de marzo de 2009, párr. 141.

²⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, cit., pp. 109-110.

de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida”.²⁵ Por tanto, la prohibición de regresividad no es absoluta, a menos que la medida tomada afecte la satisfacción de los niveles esenciales de un derecho, frente a los cuales no se admite ningún tipo de restricción.

Asimismo, es importante resaltar que aunque la obligación impuesta contempla una realización paulatina de los derechos económicos, sociales y culturales, también impone varias obligaciones con efecto inmediato, independientemente de la disponibilidad de recursos y del nivel de desarrollo de los Estados parte.

Tales obligaciones consisten en garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación y en adoptar medidas dentro de un plazo razonablemente breve a partir de la ratificación del instrumento en cuestión, las cuales deben ser “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”. Por tanto, aunque la noción de progresividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de tales derechos generalmente no puede lograrse en un periodo corto de tiempo, ello no significa que la obligación estatal carezca de todo contenido significativo, sino simplemente que es necesario una cierta flexibilidad “que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”.²⁶

4.6. LA DISPONIBILIDAD DE RECURSOS

El artículo 26 de la CADH y el artículo 1 del Protocolo de San Salvador condicionan la adopción de medidas para lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, a la disponibilidad de recursos. De la lectura de ambos textos se destaca la distinta redacción en este punto, pues mientras que el artículo 26 señala “en la medida de los recursos disponibles”, el

²⁵ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros...*, *supra*, párr. 103; CIDH, *Admisibilidad y fondo...*, *supra*, informe 38/09, caso 12, 670, párr. 140.

²⁶ Comité DESC, observación general 3, 1990. Las citas literales corresponden a los párrs. 1-2, y 9, respectivamente.

artículo 1 (al igual que el art. 2.1 del PIDESC) habla de “hasta el máximo de los recursos disponibles”, lo cual puede sugerir alguna diferencia sustancial entre ambas disposiciones. Sin embargo, no existe tal divergencia, ya que “la medida de los recursos disponibles” es justamente “el máximo de los recursos disponibles”, no menos, ya que si fuera menos que el máximo, se trataría de la medida que discrecionalmente quisieran los Estados dentro de los recursos de los que disponen. En tal sentido, “[n]o parece ser esa la intención de la norma: la retención discrecional de recursos parece incompatible con el logro progresivo de la plena efectividad de los derechos que surgen del artículo 26”.²⁷

Cuando los recursos son escasos, los Estados tienen la obligación mínima de garantizar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de los DESC, pues si la CADH o el Protocolo de San Salvador se interpretaran de tal manera que no establezcan una obligación mínima, carecerían en gran medida de su razón de ser. Evidentemente, cuando se valora si los Estados han cumplido con su obligación, se debe tener en cuenta la limitación de recursos, pero para que puedan justificar su falta de cumplimiento como consecuencia de dicha limitación, los Estados deben demostrar que han “realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”,²⁸ mediante su utilización eficaz y equitativa, y asegurando la igualdad de oportunidades para acceder a tales recursos.²⁹

En tal sentido, al hacer uso de los recursos disponibles se debe garantizar que toda persona goce de los servicios esenciales para su subsistencia puesto que, *prima facie*, los Estados podrían incumplir con esta obligación mínima si un porcentaje importante de su población estuviere privado de las más elementales condiciones de alimentación, atención sanitaria, abrigo, vivienda y enseñanza primaria. Por tanto, aunque los Estados demuestren

²⁷ Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”..., *cit.*, p. 50.

²⁸ Comité DESC, observación general 3, 1990, párr. 10.

²⁹ Principios de Limburgo, núm. 27.

que los recursos con que cuentan son insuficientes, se mantiene en pie su obligación de asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Incluso cuando se estén atravesando tiempos de graves limitaciones de recursos causadas por procesos de ajuste estructural, por recesión económica o por otros factores, los Estados tienen el deber de proteger a los grupos más vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo.³⁰

Bajo estos parámetros y en el marco de los artículos 30 y 32 de la CADH, y del artículo 5 del Protocolo de San Salvador, los Estados solo podrían restringir o limitar los derechos económicos, sociales y culturales de la población si las medidas adoptadas no fueran regresivas, o cuando la limitación tenga por objeto preservar el bienestar general o el bien común dentro de una sociedad democrática, especialmente si es cuestión de proteger los derechos de los sectores más vulnerables de la sociedad.

Así las cosas, la obligación de los Estados de observar y defender los derechos humanos les exige, independientemente del nivel de su desarrollo económico, garantizar un umbral mínimo de esos derechos, cuyo enfoque constituye un parámetro fundamental para vigilar el cumplimiento de dicha obligación. Es preciso señalar que aunque el nivel de desarrollo es un factor a tomar en cuenta en el análisis sobre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, este no se debe entender como un factor que excluya el deber de los Estados de implementar estos derechos en la mayor medida de sus posibilidades.³¹

Por tanto, la obligación de garantizar los niveles esenciales de un derecho hace que la prohibición de regresividad sea absoluta en ese aspecto y que no tenga justificación siquiera en relación con la disponibilidad de recursos. De esta forma, pese al carácter progresivo de la obligación de implementación de los derechos económicos, sociales y culturales en virtud del artículo 26 o del artículo 1 del Protocolo de San Salvador, los Estados tienen el deber de garantizar al menos el contenido mínimo de tales dere-

³⁰ Comité DESC, observación general 3, 1990, párrs. 11-12.

³¹ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993..., *cit.*, (ii) El principio del desarrollo progresivo, párr. 3.

chos, independientemente de su nivel de desarrollo y de la disponibilidad de recursos.

Bajo estos parámetros, los Estados tienen la obligación de satisfacer por lo menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos protegidos por el artículo 26 en relación con el Protocolo de San Salvador, pues la noción de progresividad se refiere al logro progresivo de su plena efectividad “y no a la progresividad de su respeto o garantía”.³² Por tanto, el elemento esencial de la obligación asumida por los Estados en esta materia “es procurar la realización de las aspiraciones sociales y económicas de su pueblo siguiendo un orden que dé prioridad a las necesidades básicas de salud, nutrición y educación. La prioridad de “los derechos de supervivencia” y “las necesidades básicas” es una consecuencia natural del derecho a la seguridad personal”.³³

Por tanto, desde el momento en que los Estados se comprometen a implementar los derechos económicos, sociales y culturales, adquieren la obligación de redistribuir paulatinamente la riqueza sobre la base de las necesidades de su población, ya que el principio de progresividad demanda que:

[...] a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejora el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. Y ello, porque garantizar los derechos económicos, sociales y culturales exige en la mayoría de los casos un gasto público destinado a programas sociales. En teoría, la idea es que cuantos más recursos tenga un Estado, mayor será su capacidad para brindar servicios que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales [...] El compromiso de los Estados de tomar medidas con el objetivo de alcanzar progresivamente la realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales exige el uso efectivo de los recursos disponibles para garantizar un nivel de vida mínimo para todos.³⁴

³² Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...*, cit., p. 79.

³³ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980, 2 de octubre 1980, cap. VI, párr. 6.

³⁴ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993..., cit., (ii) El principio del desarrollo progresivo, párr. 3.

V. Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

5.1. INTRODUCCIÓN

La aplicación de los principios y normas del derecho internacional ha dejado de ser un asunto exclusivo de los Estados, pues estos han cedido algunas competencias de supervisión a órganos internacionales, como los comités de los tratados de derechos humanos, entre las que destacan el sistema de informes y el sistema de peticiones.

Dentro de los mecanismos de supervisión, el sistema de informes es el más común, ya que todos los comités de los nueve tratados de derechos humanos están facultados para recibir y examinar informes periódicos de los Estados. Con la entrada en vigor de un protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño que faculta al comité a admitir comunicaciones o quejas individuales a partir de abril de 2014, ahora todos los comités también pueden recibir denuncias sobre presuntas violaciones a las disposiciones de los tratados.

Sin embargo, la popularidad del sistema de presentación de informes radica en que es un mecanismo de supervisión políticamente menos sensible a la soberanía estatal, dado que su efectividad depende en gran medida de la buena fe de los Estados parte para proveer información fidedigna y pertinente al órgano de control, cuyo mandato se limita a prestar asistencia y asesoría

a los Estados en la aplicación de las disposiciones del PIDESC en sus respectivas jurisdicciones.¹

En cambio, el sistema de peticiones o comunicaciones individuales es considerado el medio más eficaz para la protección de los derechos humanos, puesto que, al admitir que el órgano de control pueda conocer y pronunciarse sobre la posible violación de un derecho consagrado en el tratado en cuestión, se promueve la creación de una “jurisprudencia” en la materia. En el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, la creación del recurso individual reforzará la capacidad del Comité DESC de dar mayores aclaraciones sobre las normas que obligan a los Estados parte, así como de crear precedentes cuasijudiciales sobre el respeto de tales derechos.²

Por otro lado, se permite que las víctimas tengan posibilidades reales de obtener una reparación adecuada, dado que no es difícil argumentar que las personas que han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos económicos, sociales y culturales tienen derecho a un recurso que remedie dicha situación; por tanto, los esfuerzos dirigidos a la prevención de abusos de estos derechos deben hacer hincapié en la necesidad de lograr que las víctimas tengan acceso a una indemnización, restitución y reparación, en el caso de que tales derechos sean vulnerados.³

Hasta diciembre de 2008, el Comité DESC no estaba facultado para recibir comunicaciones o quejas individuales, lo cual contradecía el reiterado reconocimiento teórico de la indivisibilidad de todos los derechos humanos. Por ello, la comunidad internacional asumió la responsabilidad de superar la arbitraria prioridad normativa de los derechos civiles y políticos, y la limitada protección de los derechos económicos, sociales y culturales,

¹ Véase Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...*, cit., pp. 57-89.

² Mariño Menéndez, Fernando M., “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de Naciones Unidas”, en *Derechos y Libertades: Revistas del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 3, núm 6, feb, Madrid, 1998, p. 86.

³ Leckie, Scott y Gallagher, Anne (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights. A legal resource guide*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2006, p. xxiv.

mediante la adopción de las garantías secundarias del PIDESC; es decir, un protocolo facultativo.

La adopción del protocolo facultativo al PIDESC: *a*) contribuye a rebatir los argumentos en que se sustenta la concepción que ve en los derechos económicos, sociales y culturales una especie de defecto genético que no les permite equipararse a los derechos civiles y políticos, y mucho menos ser justiciables, y *b*) demuestra que su protección debilitada es una cuestión de voluntad política y que, por tanto, fue superada normativamente mediante la elaboración y adopción de las debidas garantías que significa dicho protocolo.

No está de más recordar que un protocolo facultativo es un tratado que complementa y completa un tratado principal de derechos humanos ya existente. Por eso, solo los Estados que hayan ratificado este último, en este caso el PIDESC, pueden ser parte en su protocolo facultativo. Los protocolos, en general, pueden: *a*) referirse a una nueva área sustantiva que no fue incluida en el texto original del tratado principal, o *b*) referirse a aspectos de procedimiento sobre la forma en que el mismo es supervisado por un órgano de control. La mayoría de estos protocolos crea procedimientos que facultan a las personas o a los propios Estados a presentar comunicaciones individuales e interestatales, respectivamente, contra un Estado que no cumpla con sus obligaciones internacionales derivadas del tratado principal.

5.2. ANTECEDENTES Y GENERALIDADES

A pesar de que desde la adopción del PIDESC en 1966 no se contempló un mecanismo de comunicaciones individuales, el Comité DESC ha tenido la habilidad de establecer obligaciones concretas a cargo de los Estados parte respecto de los derechos consagrados en el tratado. La ausencia de un mecanismo de este tipo en materia de derechos económicos, sociales y culturales ha representado, en la práctica, una deuda histórica del discurso de la comunidad internacional sobre la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.

La idea de adoptar un protocolo facultativo ha estado presente en la agenda de la comunidad internacional desde hace varios

años. Aunque, al menos en la década de los ochenta, era inconcebible pensar que los Estados parte en el PIDESC estarían dispuestos a someterse a un mecanismo de comunicaciones individuales.⁴ Sin embargo, desde la sociedad civil, organizaciones como Food First Information and Action Network (FIAN) y la Coalición Habitat Internacional comenzaron una importante campaña sobre la necesidad de contar con un instrumento facultativo y elaboraron un borrador del texto de un posible mecanismo de quejas individuales.⁵

A partir de 1990, el Comité DESC, con el apoyo de diversas organizaciones de la sociedad civil, y pese a la posición de algunos Estados, comenzó una serie de discusiones para llamar la atención sobre la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo del PIDESC que estableciera un mecanismo de quejas individuales, similar a los existentes bajo los demás tratados de derechos humanos. Además, destacó la necesidad de realizar un estudio comparado sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas internos de los Estados parte.⁶

En su 5ª sesión, el Comité DESC encomendó a un relator especial presentar un análisis sobre las principales cuestiones que debían debatirse alrededor de la idea de elaborar un borrador de un protocolo facultativo del PIDESC que permitiera la sumisión de comunicaciones relativas a algunos o todos los derechos reconocidos en dicho instrumento.⁷ En su 6ª sesión señaló que

⁴ Westerveen, G., “Towards a system for supervising States’ compliance with the right to food”, en Alston, P. y Tomaševski, K. (eds.), *op. cit.*, p. 127.

⁵ Langford, Malcolm y King, Jeff A., “Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en Langford, Malcom (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trend in international and comparative law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, p. 514.

⁶ Cançado Trindade, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos...*, *cit.*, p. 115. En las primeras sesiones del Comité DESC, el debate sobre la posibilidad de adoptar un protocolo facultativo que contuviera un sistema de comunicaciones individuales terminaba con la conclusión de que aún era demasiado pronto para considerar realísimamente dicho sistema, véase Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...*, *cit.*, p. 98.

⁷ U.N. Doc. E/1991/23, párr. 285.

sus miembros apoyaban la elaboración de un protocolo facultativo con base en la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, pues permitiría que el PIDESC dejara de ser el “pariente pobre” del resto de instrumentos internacionales de derechos humanos.⁸

Al mismo tiempo, en 1992, Danilo Turk, relator especial de la subcomisión de la lucha contra las medidas discriminatorias y de la protección de minorías —hoy Subcomisión de la Promoción y de la Protección de los Derechos Humanos— recomendó en su informe final la adopción de un protocolo facultativo del PIDESC para tutelar de forma más efectiva la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, y expresó su esperanza de que esta cuestión siguiera siendo discutida por los órganos relevantes de la ONU.⁹

Ante el creciente interés por una mayor protección de los derechos económicos, sociales y culturales, el Comité DESC continuó con el análisis de esta cuestión y profundizó en los argumentos de que el protocolo facultativo del PIDESC: *a)* posibilitaría exigir a los Estados la adopción de medidas concretas para implementar los derechos económicos, sociales y culturales; *b)* fortalecería la responsabilidad estatal en el ámbito internacional; *c)* daría mayor precisión a la tesis de la indivisibilidad de los derechos humanos; *d)* propiciaría la formación de jurisprudencia en la materia, y *e)* fortalecería un sistema eficaz de investigaciones.¹⁰

Específicamente, en su 7ª sesión de 11 de diciembre de 1992, el Comité DESC adoptó un documento analítico titulado “Hacia un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, que remitió a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos desarrollada en Viena en 1993.¹¹

⁸ U.N. Doc. E/C.12/1991/WP. 2.

⁹ U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/16, párr. 211.

¹⁰ Cançado Trindade, A., *El derecho internacional de los derechos humanos...*, *cit.*, pp. 115-116.

¹¹ “Toward an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, Analytical paper adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights at its seventh session, 11 de diciembre de 1992, World Conference on Human Rights, *Status of preparation of*

En la declaración y programa de acción aprobada por esta conferencia, los Estados decidieron “alentar a la Comisión de Derechos Humanos para que, en cooperación con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, continúe la evaluación de protocolos facultativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.¹²

Este compromiso fue reiterado por la propia Comisión de Derechos Humanos, al invitar al Comité DESC a informar sobre los pasos efectuados a fin de redactar un protocolo facultativo del PIDESC.¹³ El Comité DESC remitió a la Comisión de Derechos Humanos un breve informe sobre los progresos alcanzados¹⁴ y esta, en su 52º periodo de sesiones, tomó nota de los pasos tomados por el Comité DESC.¹⁵

Nótese que la Comisión de Derechos Humanos es animada a evaluar varios protocolos facultativos y no uno, como el que finalmente fue adoptado en diciembre de 2008, ya que, de acuerdo con algunos observadores, era necesario elaborar dos protocolos facultativos del PIDESC: uno sobre el procedimiento de quejas o comunicaciones individuales y otro sobre el procedimiento de investigación. Para algunos, un único protocolo era suficiente para ambos procedimientos, pero para otros, era “necesario igualmente enmendar el PIDESC para tener todo esto en cuenta”.¹⁶

En su documento analítico “Hacia un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, el Comité DESC enfatizó que: a) cualquier protocolo del PIDESC tendría que ser estrictamente opcional y, por consiguiente,

publications, studies and documents for the World Conference, Addendum. Contribution submitted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, A/CONF.157/PC/62/Add.5, 26 de marzo de 1993, pp. 7-28.

¹² Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, punto 75, p. 19.

¹³ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1994/20.

¹⁴ U.N. Doc. E/CN.4/1996/96.

¹⁵ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1996/11, párr. 5.

¹⁶ Özden, Malik y Ndagijimana, François, *¿Por un Protocolo del PIDESC?*, Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM), 2006, p. 10, nota 16.

te, aplicable únicamente a aquellos Estados que lo ratificaran; b) el principio general de permitir un sistema de quejas individuales en materia de derechos económicos, sociales y culturales no es de ninguna manera nuevo o innovador, ya que existe un importante número de procedimientos internacionales establecidos, como en el marco de la OIT, del procedimiento 1503 del Ecosoc, de la UNESCO, del Consejo de Europa y de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Protocolo de San Salvador”.¹⁷

Además, subrayó que: c) la experiencia de otros procedimientos internacionales de peticiones individuales demuestran que no hay razón para temer que el Comité DESC será desbordado con quejas sobre posibles violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales; d) el procedimiento de quejas no implica que le dará un poder absoluto al Comité DESC para imponer a los Estados parte ciertas medidas específicas, y e) un protocolo facultativo del PIDESC contribuiría a tomar en serio la teórica indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los todos los derechos humanos.¹⁸

En este mismo documento, el Comité señaló que los principales argumentos a favor de un protocolo facultativo del PIDESC residen en que: a) contribuiría significativamente a que las personas alrededor del mundo puedan disfrutar en mayor medida sus derechos económicos, sociales y culturales; b) fortalecería la rendición de cuentas de los Estados parte en relación con su nivel de cumplimiento de las disposiciones del PIDESC; c) colocaría a los derechos económicos, sociales y culturales en un nivel similar al de los derechos civiles y políticos, y, sobre todo, d) favorecería a una mejor aplicación del PIDESC en el ámbito interno de los Estados parte.¹⁹

Para el Comité DESC, un sistema de comunicaciones individuales: a) contribuiría a que los problemas reales y tangibles de

¹⁷ “Toward an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...”, *cit.*, párrs. 7-11.

¹⁸ *Ibidem*, párrs. 12-14.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 20.

personas o grupos agraviados puedan ser analizados concretamente y no en abstracto, como sucede en el marco del sistema de informes; *b*) facilitará el intercambio de información precisa y detallada sobre un caso concreto que redundará positivamente en la aplicación de la provisión del PIDESC objeto de análisis; *c*) alentará a los Estados parte a garantizar que en su derecho interno existan recursos más efectivos para proteger los derechos económicos, sociales y culturales, y así evitar su exposición ante la comunidad internacional.²⁰

A su vez, *d*) la existencia de un remedio potencial en el ámbito internacional proporcionaría un incentivo adicional a las personas y grupos para formular sus reclamos o quejas de forma más precisa, y de acuerdo con las disposiciones del PIDESC; *e*) la posibilidad de una decisión “condenatoria” por parte del Comité DESC daría un mayor impulso a los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto los Estados parte “condenados” tendrían una mayor preocupación política por garantizar estos derechos, y *f*) un procedimiento de comunicaciones individuales produciría un resultado concreto y tangible para la vida de las personas cuyos derechos hayan sido violados.²¹

De esta manera, desde 1992 hasta 1996, año en que el Comité DESC adoptó un primer proyecto de protocolo facultativo del PIDESC, este dedicó varias sesiones oficiales a examinar esta cuestión y además, a petición suya, Philip Alston preparó cuatro informes separados sobre el tema, que sirvieron de base para las discusiones dentro del Comité DESC. En términos generales, los puntos principales que se debatieron se referían a: *a*) los sujetos que tendrían acceso al procedimiento de quejas o comunica-

²⁰ *Ibidem*, párrs. 32-35.

²¹ *Ibidem*, párrs. 35-39. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) reconoce que pese a las virtudes de un sistema de comunicaciones individuales, hay varias razones por las que las personas cuyos derechos hayan sido violados no puedan acceder al mismo, como: *a*) ignorancia de la existencia de dicho procedimiento; *b*) falta de tiempo y recursos; *c*) imposibilidad física para asumir las implicaciones de llevar adelante una denuncia; *d*) dificultad para demostrar la justificación de su denuncia, y *e*) la creencia de que es improbable que un órgano internacional como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales asuma una posición a favor de la víctima en una situación dada.

ciones individuales; b) los derechos que estarían cubiertos por el procedimiento; c) las reglas procedimentales que se aplicarían, y d) los resultados concretos que se preverían en el procedimiento.²²

En su 52° periodo de sesiones, la entonces Comisión de Derechos Humanos tomó nota de las medidas adoptadas por el Comité DESC de cara a la elaboración de un borrador de protocolo facultativo del PIDESC sobre un sistema de quejas o comunicaciones individuales, que permitiera a los individuos o grupos denunciar ante el Comité DESC la posible violación de uno de los derechos reconocidos en el PIDESC, tal y como fue recomendado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena; y le pidió que le remitiera un informe completo sobre esta cuestión para ser discutido en su 53° periodo de sesiones.²³

En 1996, el Comité DESC finalizó la redacción de un proyecto de protocolo facultativo del PIDESC, cuyo borrador fue presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1997 en el marco del informe pedido por esta, quien a su vez solicitó al secretario general de la ONU distribuirlo entre los Estados, las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para que transmitieran sus comentarios al respecto.²⁴

Es importante señalar que el informe que contiene el borrador del Protocolo Facultativo refleja: a) los resultados de las deliberaciones sostenidas por el Comité DESC durante el curso de un buen número de sesiones, sobre todo desde su 11° periodo de sesiones hasta el 15°, en el cual adoptó dicho borrador, y b) las divergencias mantenidas en el seno del Comité DESC respecto del sistema de comunicaciones individuales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, pues uno de sus miembros, el señor Grissa, se opuso abiertamente a la adopción de un borrador de protocolo facultativo del PIDESC.²⁵

²² Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...*, cit., p. 99.

²³ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1996/16, párr. 10.

²⁴ U.N. Doc. E/CN.4/1997/105.

²⁵ "Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Commission on Human Rights on a draft optional protocol for the consideration of communications to the International Covenant on Economic,

Aunque fueron pocos los Estados que realizaron sus comentarios, la gran mayoría se mostró favorable a adoptar el protocolo. A pesar de estos primeros pasos, los avances para adoptarlo fueron muy lentos, a lo que contribuyó que la posición de algunos Estados fue bastante ambigua.²⁶

Este primer borrador consta de varias partes o secciones, cada una de las cuales incluye las discusiones y posiciones que se dieron al momento de elaborar una propuesta final. El preámbulo resalta que la justicia social y el desarrollo, incluyendo la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, son elementos esenciales en la construcción de un orden nacional e internacional justo y equitativo. En ese sentido, reconoce la importancia de la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos. A su vez, destaca el papel del Comité DESC en el desarrollo de una mejor comprensión del PIDESC y subraya que la adopción de un sistema de comunicaciones individuales es un medio necesario para garantizar plenamente los derechos en él reconocidos.²⁷

La sección sobre el alcance de la competencia del Comité DESC plantea una serie de cuestiones terminológicas en relación con la palabra a utilizar para definir el incumplimiento de una de las disposiciones del PIDESC por parte de un Estado. Así, se plantearon las propuestas de usar: a) “no cumplir con las obligaciones que impone el Pacto”, como se emplea en el artículo 41 del PIDCP referido a las comunicaciones interestatales; b) “no

Social and Cultural Rights” (Annex), en Commission on Human Rights, *Status of the International Covenants on Human Rights*, E/CN.4/1997/105, 18 de diciembre de 1996, p. 2, párrs. 3-4.

²⁶ Sepúlveda, Magdalena, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un llamado a la acción”, en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales (Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-SRE, 2005, p. 266.

²⁷ “Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Commission on Human Rights on a draft optional protocol for the consideration of communications to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...”, *cit.*, p. 8, párr. 16.

velar por la aplicación satisfactoria de una disposición”, como lo establece el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea; o c) “no haber velado por asegurar la observancia de algunos de los derechos”, propuesta por la OIT. El Comité optó por el término “violación”, siguiendo el ejemplo del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP.²⁸

Sobre la presentación de quejas o comunicaciones por parte de individuos y grupos, al contrario del protocolo adicional a la Carta Social Europea que excluye esta posibilidad para la mayoría de los derechos, el Comité DESC estableció que era esencial la inclusión de un sistema que garantizara el derecho de los individuos a presentar comunicaciones, como lo había referido la Comisión de Derechos Humanos en la ya citada resolución 1994/20.²⁹

En relación con la facultad de terceras partes para remitir comunicaciones o quejas en nombre de supuestas víctimas, el Comité DESC señaló que establecer esta permisión tiene sus ventajas, en tanto permitiría prevenir inminentes violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales; pero también planteó que una desventaja es que ampliaría considerablemente el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados parte y abriría la puerta a potenciales denuncias especulativas. No obstante, planteó que esta permisión haría más accesible el procedimiento, por lo que estableció que las terceras partes que denuncien la violación de un derecho en nombre de una víctima deben actuar con el conocimiento y consentimiento de esta.³⁰

Otro aspecto fundamental que se consideró fue si el protocolo facultativo debía cubrir todos los derechos reconocidos en el PIDESC o solo algunos de ellos. Aunque hubo varias posiciones que limitaban el rango de derechos a ser cubiertos por el protocolo facultativo, el Comité DESC optó por asumir un enfoque inclusivo y no restrictivo, estableciendo que el protocolo se apli-

²⁸ *Ibidem*, pp. 9-10, párrs. 17-18. La única diferencia que se planteó fue que se utilizara el término “reconocidos” (*recognized*) en vez del término “enunciados” (*set forth*) en vista de la terminología distinta utilizada en cada uno de los Pactos; es decir, el PIDCP y el PIDESC.

²⁹ *Ibidem*, pp. 10-11, párrs. 19-21.

³⁰ *Ibidem*, pp. 11-12, párrs. 22-23.

caría a todos los derechos contenidos en los artículos 1 al 15. Asimismo, señaló que el derecho a la libre determinación de los pueblos sería sujeto del procedimiento de quejas, siempre que una supuesta violación del mismo incluyera su dimensión social, económica y cultural, pues la dimensión civil y política debe ser objeto de examen por parte del Comité de DDHH.³¹

Hay que resaltar que desde la adopción de este primer borrador de protocolo hasta la adopción del borrador final en diciembre de 2008, dos enfoques han sido los que han centrado las discusiones entre los miembros del Comité DESC y entre los Estados parte del PIDESC. Por un lado, el enfoque selectivo o “enfoque a la carta”, que puede tomar dos formas: la primera requiere que los Estados indiquen las provisiones del PIDESC que no estarían cubiertas por el sistema de comunicaciones y la segunda requiere que los Estados indiquen las disposiciones del PIDESC que sí lo estarían. Por otro lado, el enfoque amplio, que permite que el protocolo facultativo sea aplicable a la totalidad de los derechos reconocidos en el PIDESC.³²

El borrador también incluye una sección relativa a la protección del acceso al procedimiento establecido en el protocolo facultativo del PIDESC, en el sentido de que el Comité DESC está consciente de que es posible que los individuos o grupos que presenten una comunicación ante él, puedan sufrir intimidaciones u otros actos de hostigamiento. Por ello, recalcó la necesidad de que los Estados parte tomaran las medidas necesarias para proteger a los denunciantes. Con respecto a las disposiciones sobre la recepción y la admisibilidad de una comunicación, las reglas establecidas en el Primer Protocolo Facultativo del PIDCP, prácticamente quedaron idénticas.³³

En cuanto a la justificación de la denuncia, el borrador plantea que: a) el Comité DESC puede negarse a seguir examinando una comunicación en caso de que el autor, después de que se le haya dado una oportunidad razonable para hacerlo, no facilite información que pueda fundamentar suficientemente las alega-

³¹ *Ibidem*, pp. 12-13, párrs. 24-25.

³² *Ibidem*, p. 13, párr. 26.

³³ *Ibidem*, pp. 15-17, párrs. 29-33.

ciones contenidas en la comunicación, y que b) el Comité DESC puede, a petición del peticionario en una queja, reiniciar el examen de una comunicación que haya declarado inadmisibles en virtud del artículo 3, si han cambiado las circunstancias en que basó su decisión.³⁴

A diferencia del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP, el borrador incluye una sección sobre medidas provisionales que pueden ser adoptadas por un Estado parte a solicitud del Comité DESC, en caso de que un estudio preliminar suscite temores razonables de que las alegaciones, de ser ciertas, puedan conducir a daños irreparables a las víctimas. Asimismo, siguiendo a la mayoría de procedimientos de denuncia, se incluye la posibilidad de un arreglo amistoso entre el Estado denunciado y las víctimas, dado que en materia de derechos económicos, sociales y culturales, un arreglo de este tipo sería especialmente apropiado.³⁵

En relación con el examen de las comunicaciones, el borrador plantea que el Comité DESC lo realizará a la luz de toda la información recibida por el denunciante, por el Estado parte denunciado y por la obtenida de otras fuentes. También establece la posibilidad de que el Comité DESC pueda realizar una visita *in situ* al territorio del Estado denunciado. Sobre los resultados del examen de las comunicaciones, el Comité DESC consideró no recomendable incluir una disposición que expresamente obligue al Estado parte a implementar sus recomendaciones, proporcionar un remedio apropiado o asegurar las debidas reparaciones.³⁶

A diferencia del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP, el Comité DESC recomendó incluir en el borrador las disposiciones referidas a un procedimiento de seguimiento de sus recomendaciones por parte del Estado, lo cual se refleja en el artículo 9, numeral 2 del borrador, que establece que el Comité DESC puede invitar al Estado parte denunciado a incluir en sus informes periódicos los detalles de las medidas adoptadas en respuesta a las recomendaciones del Comité DESC.³⁷

³⁴ *Ibidem*, p. 17, párrs. 34-35.

³⁵ *Ibidem*, pp. 18-19, párrs. 36-41.

³⁶ *Ibidem*, pp. 19-21, párrs. 45-49.

³⁷ *Ibidem*, pp. 21-22, párrs. 50-51.

Sobre las reglas del procedimiento, el Comité DESC siguió lo señalado en los grandes tratados de derechos humanos, en el sentido de determinar que puede establecer sus propias reglas al respecto. Y finalmente, propuso una serie de artículos finales relativos a la firma, ratificación, adhesión, entrada en vigor, enmienda y denuncia del protocolo facultativo.³⁸

A pesar de que el borrador de protocolo fue presentado por el Comité DESC a la Comisión de Derechos Humanos en 1997, fue hasta el año 2001 cuando esta, en su 57° periodo de sesiones, decidió nombrar por un periodo indefinido a Hatem Kotrane como “Experto Independiente sobre la cuestión de la elaboración de un Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” para examinar la cuestión del protocolo facultativo de dicho instrumento e informarle, en su 58° periodo de sesiones, sobre posibles acciones a seguir, incluyendo la creación de un Grupo de Trabajo que examine la cuestión del protocolo facultativo.³⁹

En este mismo periodo de sesiones, la Comisión de Derechos Humanos “había tomado nota de un informe del seminario sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (E/CN.4/2001/62/Add.2), que se había celebrado los días 5 y 6 de febrero de 2001 convocado por [la OANUDH] y por la Comisión Internacional de Juristas, así como de un informe de la Alta Comisionada sobre el Proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto (E/CN.4/2001/62 y Add.1)”, lo cual, en cierta medida, desencadenó el nombramiento del experto independiente.⁴⁰

³⁸ *Ibidem*, pp. 22-25, párrs. 51-58. Se debe resaltar que durante la elaboración del borrador, se discutió mucho la inclusión o exclusión de una disposición sobre la posibilidad de hacer reservas al Protocolo Facultativo; no obstante, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales simplemente acordó recomendar a la Comisión de Derechos Humanos considerar este asunto en relación con el enfoque amplio o restrictivo que analizamos en líneas anteriores.

³⁹ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/30, párr. 8.

⁴⁰ Sepúlveda, Magdalena, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...”, *cit.*, pp. 266-267, nota 18.

Para enriquecer su trabajo, el experto independiente realizó una diversidad de consultas con la OACNUDH, miembros y funcionarios del Comité DESC, del Comité DDHH, del CDN y de la OIT. También llevó a cabo consultas con las delegaciones permanentes de los Estados miembros de la ONU y con profesores universitarios de reconocido prestigio internacional en la materia. Finalmente, en 2002, presentó su primer informe a la Comisión de Derechos Humanos en su 58° periodo de sesiones, avalando la necesidad de adoptar el protocolo facultativo.⁴¹

Asimismo, le recomendó adoptar una resolución que incorporase los siguientes puntos: *a)* que confirme que los Estados están solemnemente comprometidos a una eventual adopción de un protocolo facultativo; *b)* que establezca la necesidad de crear un Grupo de Trabajo abierto que se encargue de la cuestión de un protocolo facultativo, y *c)* que renueve el mandato del experto independiente para que continúe sus investigaciones más a profundidad y le presente un informe en su 59° periodo de sesiones, el cual sirva de base para que el Grupo de Trabajo comience su labor.⁴²

En este mismo periodo de sesiones, la Comisión de Derechos Humanos tomó nota con interés del informe del experto independiente, decidió renovar su mandato por un año y le solicitó investigar más a profundidad: *a)* la cuestión sobre el carácter y el alcance de las obligaciones contraídas por los Estados parte en virtud del PIDESC; *b)* las cuestiones conceptuales sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, con particular referencia a la experiencia adquirida en los últimos años en la aplicación de los instrumentos y mecanismos de derechos humanos universales, regionales y nacionales, y *c)* la cuestión de los beneficios y la viabilidad de un mecanismo de examen de quejas con arreglo al PIDESC, y la cuestión de la complementariedad entre los distintos mecanismos.⁴³

⁴¹ “Report of the independent expert on the question of a draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en Commission on Human Rights, *Economic, Social and Cultural Rights. Status of the international covenants on human rights*, U.N. Doc. E/CN.4/2002/57, 12 de febrero de 2002, pp. 3, 6-7, párrs. 12-14.

⁴² *Ibidem*, pp. 3 y 17, párrs. 51-56.

⁴³ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/24, punto 9.c.

Para ello, Kotrane realizó nuevamente amplias consultas mediante el envío de una nota a los Estados y cartas a las organizaciones y los expertos interesados, en las que pedía sus contribuciones sobre las cuestiones anteriormente señaladas; asimismo estableció, con el apoyo de la OACNUDH, un programa de consultas sobre tales cuestiones. El experto independiente recibió respuestas de Argentina, Cuba, Italia, México, Países Bajos, Portugal, Irán, República Checa, Suecia, Tailandia, la OMS, la OACNUDH, un grupo de 56 ONG y la Comisión Internacional de Juristas, y se reunió con el relator especial sobre una vivienda adecuada, con dos expertos del Comité DESC, un experto de la Comisión Internacional de Juristas, dos representantes de la OIT y un experto en comercio internacional.⁴⁴

En 2003 presentó su segundo informe sobre las tres cuestiones planteadas en la resolución 2002/24. Sobre la primera, el alcance de las obligaciones estatales, el experto señala que todos los Estados tienen las siguientes obligaciones de carácter progresivo, pero con efecto inmediato: a) actuar inmediatamente mediante la adopción de medidas legislativas, administrativas, financieras y de otro tipo, y a través de la creación de mecanismos adecuados a fin de participar, de forma progresiva pero activa, en la realización plena del conjunto de derechos económicos, sociales y culturales;⁴⁵ b) esforzarse por garantizar el mayor goce posible del conjunto de tales derechos sin discriminación y en condiciones de igualdad de oportunidades, prestando especial atención a la protección de los derechos de los grupos más vulnerables de la población y a la utilización equitativa y efectiva de los recursos disponibles, y c) eliminar de manera inmediata todas las formas de discriminación que emanen de los textos legales y de combatir, con medios activos y apropiados, las que

⁴⁴ “Informe del Sr. Hatem Kotrane, experto independiente encargado de examinar la cuestión de un proyecto de protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Comisión de Derechos Humanos, Los derechos económicos, sociales y culturales. Situación de los pactos internacional de derechos humanos*, U.N. Doc. E/CN.4/2003/53, 13 de enero de 2003, p. 6, párrs. 5-6.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 10, párr. 16.

emanen de las prácticas y tradiciones que impiden el goce de dichos derechos.⁴⁶

Además, señaló que las obligaciones estatales: *a)* constituyen a veces verdaderas obligaciones de resultado, cuya violación puede constatarse y apreciarse con facilidad, y ello cada vez que el Estado parte hubiera cometido violaciones por actos de comisión, y *b)* que a menudo sus violaciones se dan por actos de omisión “y constituyen, según el caso, una violación de verdaderas obligaciones de resultado o simples obligaciones de comportamiento, según el margen de discreción y los medios de que objetivamente dispongan los Estados para satisfacer los derechos que deben garantizar”. Asimismo, resaltó que en cualquier caso, los Estados parte tienen la obligación fundamental mínima de asegurar la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos consagrados en el PIDESC.⁴⁷

Con respecto a la segunda cuestión, es decir, la referida a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, el experto independiente concluyó que no hay lugar a duda del desarrollo y reconocimiento de estos derechos y de los mecanismos que supervisan su aplicación en los planos nacional, regional e internacional. Por tanto: *a)* si todos estos derechos son justiciables, es preciso reconocer también que los casos relacionados con ellos deben solucionarse dentro de plazos cortos y con una celeridad particular, y *b)* el carácter progresivo que se les atribuye, si bien puede suscitar un debate sobre la naturaleza y el alcance de las obligaciones estatales, no plantea dudas respecto del carácter esencialmente justiciable del conjunto de derechos garantizados por el PIDESC.⁴⁸

Y en relación con la tercera cuestión, relativa a los beneficios y la viabilidad de un sistema de comunicaciones individuales en el marco del PIDESC, el experto independiente afirmó que un mecanismo de este tipo permitiría dar mayor efectividad a dicho instrumento, y además sería ventajoso, en tanto que: *a)* cons-

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 10-11, párr. 16.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 11-12, párrs. 19, 22 y 24. La cita textual corresponde al párr. 22.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 19, párrs. 50-51.

tituiría una medida importante para el ejercicio del derecho de una persona a interponer un recurso en caso de violación de sus derechos económicos, sociales y culturales; b) contribuiría a la elaboración de un cuerpo coherente de principios y al desarrollo de jurisprudencia fundada en casos concretos y situaciones reales, y c) ayudaría a respaldar más activamente el principio de la indivisibilidad y la interdependencia.⁴⁹

Por todo lo anterior, el experto independiente concluyó que la aprobación de un proyecto de protocolo facultativo del PIDESC contribuiría a los esfuerzos tendientes a promover el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y sus derechos iguales e inalienables, que constituyen la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, teniendo presente que el ideal del ser humano libre del temor y la miseria solo puede lograrse si goza tanto de sus derechos civiles y políticos como de sus derechos económicos, sociales y culturales.⁵⁰

En tal sentido, recomendó a la Comisión de Derechos Humanos adoptar:

[...] una resolución que confirme la decisión que figura en su resolución 2002/24 [...] y establezca, en su 59º periodo de sesiones, un grupo de trabajo de la Comisión, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la luz del informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Comisión acerca de un proyecto de protocolo facultativo, de las observaciones de los Estados, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, así como del informe del experto independiente.⁵¹

En su 59º periodo de sesiones del año 2002, la Comisión de Derechos Humanos tomó nota con interés del informe del experto independiente y las recomendaciones allí contenidas, y decidió establecer un Grupo de Trabajo de composición abierta con

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 20-21, párrs. 54-55.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 26, párr. 75.

⁵¹ *Ibidem*, p. 26, párr. 76.

miras a considerar las opciones relativas a la elaboración de un protocolo facultativo del PIDESC.⁵²

Posteriormente, la Comisión de Derechos Humanos pidió: *a)* al Grupo de Trabajo, reunirse durante diez días útiles antes de su 60º periodo de sesiones, con miras a estudiar las opciones relativas a la elaboración de un protocolo facultativo del PIDESC y formular recomendaciones concretas al respecto; *b)* a la OACNUDH, facilitarle para el siguiente periodo de sesiones del Grupo de Trabajo las observaciones y opiniones formuladas por los Estados y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales sobre las tres cuestiones abordadas por el experto independiente; *c)* al secretario general, presentar un informe sobre la aplicación de esta resolución, y *d)* invitó a todos los relatores especiales, cuyos mandatos tuvieran que ver con la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, a que compartan sus opiniones sobre la materia.⁵³

En el mismo sentido, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos instó: *a)* a la Comisión de Derechos Humanos a facultar al Grupo de Trabajo para que proceda a elaborar el texto sustantivo de un Protocolo Facultativo del PIDESC; *b)* al Grupo de Trabajo a elaborar un proyecto de Protocolo Facultativo “de alcance amplio y en el que se prevea la posibilidad de que las víctimas, individuales y colectivas, puedan presentar comunicaciones, y que particulares y grupos de personas puedan presentarlas en su nombre. Además, el instrumento deberá formularse como mecanismo de queja y como procedimiento de investigación y debe excluir la posibilidad de que los Estados parte formulen reservas”, y *c)* decidió seguir examinando

⁵² Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/24, párr. 9, lit. f. Asimismo, mediante la decisión 2002/254 del ECOSOC, este hizo suya la decisión de la Comisión de Derechos Humanos de establecer un Grupo de Trabajo de composición abierta. “Al tratarse de un «grupo de trabajo de composición abierta», todos los Estados miembros de la ONU, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales con estatuto consultivo en el ECOSOC pueden atender estas reuniones”, en Sepúlveda, Magdalena, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...”, *cit.*, p. 267, nota 20.

⁵³ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/18, párrs. 13-17.

do los progresos en la elaboración ulterior y en las actividades encaminadas a la aprobación del proyecto de dicho protocolo.⁵⁴

En cumplimiento de las resoluciones 2002/24 y 2003/18 de la Comisión de Derechos Humanos, varios Estados miembros, organizaciones intergubernamentales, no gubernamentales y relatores especiales remitieron al Grupo de Trabajo, a través del secretario general y de la OACNUDH, sus puntos de vista sobre las cuestiones que también analizó el experto independiente, es decir: *a)* el carácter y alcance de las obligaciones estatales en virtud del PIDESC; *b)* la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y *c)* los beneficios y la viabilidad de un mecanismo de examen de quejas individuales.⁵⁵

El secretario general presentó su informe al Grupo de Trabajo en su primera sesión en Ginebra, del 23 de febrero al 5 de marzo de 2004, el cual consiste en una compilación de las posiciones de los actores mencionados, respecto de las tres cuestiones abordadas por el experto independiente en la resolución 2002/24. La importancia de este informe no solo reside en que sirvió de base de discusión al Grupo de Trabajo en su primera sesión, sino también en que fue útil para conocer, particularmente, los puntos de vista de los Estados acerca de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales, en muchos casos, no descansan sobre sólidas bases teóricas.⁵⁶

⁵⁴ Resolución 2003/19, puntos 1-3.

⁵⁵ ONU, Informe preparado por el secretario general en cumplimiento de la resolución 2003/18 de la Comisión, E/CN.4/2004/WG.23/2, 17 de noviembre de 2003.

⁵⁶ He decidido centrarme en las posiciones de los Estados, dada su relevancia como creadores de las normas internacionales. Las opiniones de las ONG, expertos y demás actores, pueden consultarse en este y los demás informes que iremos analizando. Además de los Estados y las ONG, dos relatores especiales presentaron sus puntos de vista, los cuales pueden consultarse en los siguientes documentos: (1) "Information provided by the Special Rapporteur on the Right to Education Ms. Katarina Tomaskovski. Experiences with legal enforcement of the right to education as food-for-thought in exploring models for an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", E/CN.4/2004/WG.23/CRP.4, 3 de febrero de 2004, y (2) "Information provided by the Special Rapporteur on the Right to Food Mr. Jean Ziegler", E/CN.4/2004/WG.23/CRP.7, 5 de febrero de 2004.

Así, respecto del carácter y alcance de las obligaciones estatales, el gobierno de Argentina señaló que el párrafo 1, del artículo 2 del PIDESC no crea obligaciones de obtener un resultado inmediato, sino que exige que los Estados adopten medidas, utilizando el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho instrumento. Burkina Faso, por su parte, subrayó que las obligaciones derivadas del PIDESC son de la misma naturaleza que las obligaciones asumidas en virtud de cualquier instrumento jurídico, pero que, por su naturaleza, es indispensable que los Estados tengan los medios para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, lo que no es el caso del gobierno de Burkina Faso.⁵⁷

El gobierno de Cuba subrayó que, al igual que en el caso de los derechos civiles y políticos, los Estados tienen la obligación de proteger y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación de proteger presupone que los Estados tomen todas las medidas necesarias para impedir que los terceros, sean personas naturales o personas jurídicas, violen tales derechos, o para poner fin a tales violaciones, y la obligación de garantizarlos exige que los Estados adopten todas las medidas y políticas pertinentes para promover y asegurar su plena efectividad “bien prestando directamente los servicios públicos esenciales, bien creando las condiciones necesarias para asegurar el acceso universal a unos servicios de calidad. La negligencia en el cumplimiento de cualquiera de estas obligaciones constituye una violación de los derechos humanos”.⁵⁸

Por su parte, República Checa sostuvo que las obligaciones derivadas del PIDESC son de conducta y de resultado, y que aparte de los derechos de carácter progresivo, los derechos económicos, sociales y culturales son también de carácter inmediato. Más allá de los recursos disponibles, los Estados tienen la obligación de, al menos, tomar unas medidas mínimas de bajo costo y buscar la asistencia y cooperación internacionales para enfrentar la limitación de recursos.⁵⁹

⁵⁷ ONU, Informe preparado por el secretario general en cumplimiento de la resolución 2003/18 de la Comisión..., *cit.*, p. 4, párrs. 5-6.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 4, párr. 7.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 5, párr. 8.

El gobierno de Italia argumentó que las obligaciones impuestas por el PIDCP son vinculantes, mientras que las derivadas del PIDESC son solo declaraciones de intención que tienen un peso moral y político, pero que no imponen obligaciones jurídicas directas a los Estados parte. México señaló que la obligación de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, hasta el máximo de los recursos disponibles, no puede justificar que un Estado no tome medidas rápidas, constantes y eficientes. Por tanto, las limitaciones de recursos no liberan a los Estados de su obligación de asegurar el disfrute más amplio posible de esos derechos.⁶⁰

Por su parte, el gobierno de los Países Bajos manifestó que la naturaleza progresiva de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales no les resta valor, ya que la efectividad progresiva significa que los Estados parte están obligados a demostrar que han tomado medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr la plena efectividad de tales derechos. Para este Estado, los derechos relativos al principio de no discriminación son absolutos, en tanto que la mayoría de los demás derechos están relacionados en mayor medida con la disponibilidad de recursos y, por tanto, dependen frecuentemente de la situación económica existente.⁶¹

Para el gobierno de Portugal existen dos maneras de interpretar las obligaciones derivadas del PIDESC. La primera consiste en hacer una distinción entre las obligaciones de conducta y las obligaciones de resultado y, la segunda, en considerar las obligaciones estatales en términos de respetar, proteger y realizar los derechos económicos, sociales y culturales. En este marco, Portugal señaló que compartía la opinión expresada por el Comité DESC en su observación general 3. Suecia indicó que los conceptos de

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 5-6, párr. 11. Bajo esos parámetros, la adopción de medidas regresivas es una violación de las disposiciones del PIDESC, “a menos que esté justificada por la existencia de circunstancias excepcionales. Hecho importante, México pone de relieve la necesidad de aclarar el contenido de cada derecho económico, social y cultural y de las obligaciones respectivas que se imponen al Estado, teniendo en cuenta que algunas obligaciones de los Estados son de efecto inmediato”.

⁶¹ *Ibidem*, p. 6, párr. 12.

“progresividad” y “disponibilidad de recursos” no están claros en el PIDESC, razón por la cual es recomendable esclarecerlos antes de examinar la posibilidad de un mecanismo de denuncia.⁶²

Me parece importante apuntar que ante las preocupaciones de algunos Estados sobre la manera en que el Comité DESC podría examinar una comunicación relativa a la obligación de adoptar medidas —hasta el máximo de los recursos disponibles— para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, este estableció que la disponibilidad de recursos “aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas”.⁶³

Por tanto, cuando el Comité DESC estudie una comunicación que denuncie que un Estado parte no ha adoptado dichas medidas, tendrá en cuenta: *a)* hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al goce de los derechos económicos, sociales y culturales; *b)* si el Estado ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; *c)* si la decisión estatal de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; *d)* si el Estado se inclinó por la opción menos limitativa de los derechos; *e)* el marco cronológico en que se adoptaron tales medidas, y *f)* si el Estado tomó en cuenta la precaria situación de los sectores menos favorecidos de la sociedad.⁶⁴

Ante la justificación estatal de “limitación de recursos” para argumentar la adopción de una medida regresiva, el Comité DESC examinará la cuestión en función de las circunstancias concretas del país aludido y de conformidad con: *a)* su nivel de desarrollo; *b)* la gravedad de la presunta infracción; *c)* su situación económica en ese momento, tomando en cuenta si se está atravesando

⁶² *Ibidem*, p. 7, párrs. 16-17.

⁶³ Comité DESC, Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto, declaración E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007, p. 2, párr. 4.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 3, párr. 8.

por una recesión económica; *d*) la existencia de otras necesidades importantes que el Estado debe satisfacer con los recursos limitados de que dispone; *e*) si trató de encontrar opciones de bajo costo, y *f*) si obtuvo recursos de la cooperación y asistencia de la comunidad internacional, o rechazó sin justificación suficiente tales recursos.⁶⁵

Finalmente, en el marco de un protocolo facultativo, el Comité DESC podría formular recomendaciones al Estado denunciado, como: *a*) adoptar medidas rectificativas; *b*) poner remedio a las circunstancias que dieron lugar a la violación del derecho; *c*) sugerir medidas para ayudarlo a aplicar las recomendaciones, enfocándose en las medidas de bajo costo, y *d*) recomendar un mecanismo de supervisión que garantice su rendición permanente de cuentas.⁶⁶

Por todo lo anterior, el protocolo facultativo constituye un instrumento valioso para impedir que los Estados parte adopten medidas ilícitas de bloqueo o regresivas, so pretexto de un contexto económico desfavorable, dado que la posibilidad de un estudio exhaustivo de los hechos alegados por las partes y del contexto en que se produce la acción o inacción estatal, con la consiguiente formulación de observaciones, implica un nuevo escenario en el que el tenue control contemplado en el procedimiento de informes se verá claramente reforzado por la posibilidad cierta de realizar recomendaciones precisas que puedan reorientar las políticas nacionales en aras de una efectiva —aunque flexible— optimización de los recursos estatales, tomando como referencia central el PIDESC en su integralidad.⁶⁷

En relación con la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, el gobierno de Argentina subrayó que aunque su Constitución garantiza la protección de estos derechos

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 3-4, párr. 10.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 4-5, párr. 13.

⁶⁷ Quel López, F. Javier, “Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Embid Irujo, Antonio (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 313-314.

mediante su invocación ante los tribunales, sigue resultando difícil determinar el contenido exacto de tales derechos. Burkina Faso observó que las normas del PIDESC son, en general, demasiado vagas para ser invocadas ante un tribunal, por lo que es preciso “un instrumento jurídico interno que enuncie el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, así como sus modalidades de aplicación”.⁶⁸

Por el contrario, para Cuba, las normas y los principios consagrados en el PIDESC están claramente definidos, sin ambigüedad. Por tanto pueden, tal como sucede en su derecho interno, ser exigidos en sede judicial. El gobierno de República Checa consideró que pueden invocarse ante sus tribunales nacionales los artículos 2.2, 3, 4, 6, 7 a), 7 b), 7 i), 8, 9, 10.1, 2) y 3), 12.2 c) y d), 13.2 a), 13.2 b), 13.2 c), 13.2 d), 13.3, 13.4, 15.1 c) y 15.3 del PIDESC. Pero Italia señaló que debido a que los derechos económicos, sociales y culturales no entrañan directamente obligaciones jurídicas directas, ello le impide realizar una evaluación exhaustiva de los distintos aspectos de la posibilidad de invocarlos ante los tribunales nacionales.⁶⁹

México subrayó que es importante garantizar la posibilidad de juzgar las denuncias presentadas sobre los derechos económicos, sociales y culturales, pues deben ser aplicados de buena fe por los Estados parte en el PIDESC, dado que es un instrumento internacional jurídicamente vinculante. El gobierno de los Países Bajos señaló que sus tribunales no consideran que la mayoría de estos derechos sean de aplicación inmediata en su sistema jurídico; no obstante, en el ámbito internacional se remite al mecanismo del Comité de Expertos y el Comité de Libertad Sindical de la OIT. Por su parte, Portugal señaló que los artículos 3, 7 a), 7 i), 8, 10.3, 13.2 a), 13.3, 13.4 y 15.3 del PIDESC pueden ser aplicados directamente por los órganos judiciales y otros órganos en muchos ordenamientos jurídicos nacionales y remitió al mecanismo del Comité Europeo de Derechos Sociales.⁷⁰

⁶⁸ Informe preparado por el secretario general en cumplimiento de la resolución 2003/18 de la Comisión..., *cit.*, p. 8, párrs. 23-24.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 8-9, párrs. 25, 26 y 28.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 9-10, párrs. 29-31.

Finalmente, en cuanto a los beneficios y la viabilidad de un mecanismo de examen de quejas individuales, Argentina consideró que es oportuna la propuesta de crear un sistema de quejas análogo al establecido en el PIDCP, pues el hecho de que los derechos económicos, sociales y culturales entrañen obligaciones de medios no significa que no puedan ser invocados ante los tribunales. Además, un mecanismo de este tipo contribuiría a esclarecer más el contenido y el significado de estos derechos. No obstante, aconsejó que debido a las dificultades en torno de los mismos, el mecanismo de examen de las denuncias se circunscribiera a determinados derechos enunciados en el PIDESC y que posteriormente se ampliase el alcance a otros.⁷¹

El gobierno de Burkina Faso consideró que un protocolo facultativo del PIDESC podría ser muy útil, aunque también podría parecer utópico en el caso de un país tan endeudado como el suyo. De cualquier manera, destacó que un sistema de comunicaciones individuales permitiría que la sociedad ejerza cierto control sobre las opciones y políticas de los gobiernos en el sector social y “serviría para reforzar el Estado de derecho, en los aspectos generales relacionados con los derechos humanos”.⁷²

Cuba, por su parte, destacó que no aprobar un protocolo facultativo del PIDESC sería regresivo para la promoción y protección de los derechos en él contenidos. Además, destacó que es fundamental definir las responsabilidades en caso de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, y que un mecanismo de denuncias, además de viable, es necesario para hacer efectivo el pleno ejercicio de todos los derechos humanos, y

⁷¹ *Ibidem*, p. 11, párr. 33. Argentina también subrayó que “sigue habiendo dificultades en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. En particular, no está claro su contenido; muchos gobiernos son ambivalentes en lo que se refiere a esos derechos; existen prejuicios ideológicos contra los derechos económicos, sociales y culturales; a menudo faltan instituciones nacionales dedicadas a los derechos económicos, sociales y culturales; los derechos exigen una información compleja y detallada para lograr su supervisión efectiva; algunos aspectos de esos derechos son programáticos; faltan textos legales y decisiones acerca de los derechos económicos, sociales y culturales; y las ONG que trabajan en este ámbito son escasas”.

⁷² *Ibidem*, p. 12, párr. 34.

contribuiría a la efectividad, no solo de los derechos económicos, sociales y culturales, sino también de los derechos civiles. Además, el gobierno cubano recomendó incluir un procedimiento de examen de denuncias interestatales.⁷³

Para el gobierno de República Checa, la justificación básica de la adopción de un protocolo facultativo del PIDESC deriva de la interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos; por tanto, para disfrutar plenamente de todos los derechos, se necesitan mecanismos de supervisión eficaces, como el de examen de denuncias presentadas por particulares, que contribuiría: a) al desarrollo de jurisprudencia; b) a refinar el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, y c) a acrecentar la responsabilidad de los Estados parte y de la comunidad internacional en lo que se refiere a estos derechos.⁷⁴ En este orden de ideas, República Checa propuso:

[...] un procedimiento cuasi judicial, en el que la decisión definitiva sobre lo que debe hacerse en respuesta a un dictamen aprobado por el Comité debe corresponder al Estado; la sustitución de la referencia a “las violaciones” por “la insatisfactoria aplicación” del Pacto o “el incumplimiento de los derechos” reconocidos en el Pacto; las comunicaciones de particulares y comunicaciones limitadas de grupos, pero no comunicaciones entre Estados; comunicaciones presentadas por terceras partes en nombre de presuntas víctimas, pero solamente con el conocimiento y el consentimiento de la presunta víctima; un protocolo facultativo general que abarque todos los derechos sustantivos reconocidos en el Pacto, aunque es preciso analizar más esta cuestión; en relación con la admisibilidad, el agotamiento de los recursos internos (a menos que la aplicación de los recursos internos se prolongue injustificadamente), e inadmisibilidad de toda comunicación que plantee las mismas cuestiones de

⁷³ *Ibidem*, p. 12, párr. 35. A la vez, Cuba destacó que en un mundo en vías de mundialización, estos derechos entrañan obligaciones para distintas entidades. “Aun cuando la responsabilidad primordial de hacer valer los derechos económicos, sociales y culturales recaiga en los Estados, es imposible pasar por alto la responsabilidad de otras entidades como las instituciones financieras y comerciales multilaterales y las empresas transnacionales”.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 12-13, párr. 36.

hecho y de derecho que estén siendo examinadas en otro procedimiento internacional de investigación.⁷⁵

Al igual que Cuba, el gobierno de México apoyó la adopción de un mecanismo de examen de denuncias presentadas por particulares, lo cual consideró no solo viable, sino también necesario. En este sentido, manifestó que el protocolo facultativo del PIDESC debería tener, al menos: *a)* un sistema de comunicaciones que incluyera la posibilidad de que particulares, ONG o grupos presenten denuncias en nombre de presuntas víctimas; *b)* la admisibilidad de las comunicaciones colectivas; *c)* la admisibilidad de las comunicaciones sobre cualquiera de los derechos sustantivos consagrados en el PIDESC; *d)* la inclusión de excepciones al requisito del agotamiento de los recursos internos; *e)* la fijación de fechas y de plazos en el caso de los recursos cautelares; *f)* el reconocimiento de la posibilidad de una solución amistosa de las comunicaciones, y *g)* la inclusión de disposiciones que permitan supervisar la aplicación del dictamen del Comité DESC sobre una comunicación por medios distintos de su informe anual.⁷⁶

Los Países Bajos manifestaron que no habían llegado a ninguna conclusión sobre la conveniencia de un mecanismo de este tipo, pero subrayaron la necesidad de profundizar en el conocimiento acerca de: *a)* la determinación de los derechos que deben incluirse en el protocolo facultativo; *b)* la mejor aclaración y definición de los elementos de la propuesta del experto independiente, y *c)* la determinación de los asuntos en que pueden presentar denuncias los particulares y los grupos. Por último, también plantearon la necesidad de “examinar la cuestión de la accesibilidad de los pobres a los mecanismos de examen de las denuncias y plantean la posibilidad de que con un mecanismo de ese tipo se corra el riesgo de que tengan principalmente acceso a él los ciudadanos de los países más ricos, creando así algún tipo de discriminación indirecta”.⁷⁷

⁷⁵ *Ibidem*, p. 13, párr. 36.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 13, párr. 37.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 14, párr. 38.

Por su parte, Portugal consideró que la adopción de un sistema de denuncias: *a)* promovería una comprensión más completa y una definición más precisa de los derechos contenidos en el PIDESC; *b)* colocaría a los derechos económicos, sociales y culturales en el mismo plano que los derechos civiles y políticos; *c)* alentaría a los Estados a promulgar disposiciones legislativas para cumplir con las obligaciones derivadas del PIDESC, y *d)* “daría la oportunidad de refutar los argumentos que con frecuencia aducen sobre la imposibilidad de invocar ante los tribunales los derechos económicos, sociales y culturales, y sobre la incapacidad de los Estados para hacer efectivos esos derechos sin recursos suficientes”.⁷⁸

Finalmente, el gobierno de Suecia manifestó no estar convencido de que un sistema de denuncias individuales aclare suficientemente las deficiencias existentes en lo referente a las medidas adoptadas por un Estado para hacer efectivo un determinado derecho ni, por ende, implique una mejora real de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Para Suecia, en vez de crear un mecanismo de este tipo, habría que corregir el sistema actual de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.⁷⁹

En su primera sesión, el Grupo de Trabajo eligió, por aclamación, como presidenta-relatora a la portuguesa Catarina de Albuquerque, quien de conformidad con la resolución 2003/18 de la Comisión de Derechos Humanos, presentó su informe relativo a recomendaciones concretas sobre las medidas adoptadas con respecto de la posible adopción de un protocolo facultativo del PIDESC. En el informe, la presidenta-relatora estableció que el Grupo de Trabajo no había llegado a un consenso sobre la cues-

⁷⁸ *Ibidem*, p. 14, párr. 39.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 14, párr. 40. “Además, a Suecia le preocupa profundamente la falta de recursos para el funcionamiento de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, incluida la tramitación de las denuncias presentadas por particulares, que exige que la secretaría disponga de más recursos profesionales. Además, Suecia hace hincapié en la importancia de incluir en la asistencia para el desarrollo un enfoque basado en los derechos humanos, como medio de promover los derechos económicos, sociales y culturales”.

ción de iniciar la redacción de un protocolo facultativo, por lo que recomendó a la Comisión de Derechos Humanos: *a)* renovar el mandato del Grupo de Trabajo por un periodo de dos años; *b)* autorizarlo para reunirse durante periodos de diez días hábiles antes de los periodos de sesiones 61° y 62° de la Comisión de Derechos Humanos, y *c)* invitar a un representante del Comité DESC a asistir a esas reuniones en calidad de especialista.⁸⁰

También recomendó: *a)* determinar los expertos a los que se puede invitar a futuros periodos de sesiones del Grupo de Trabajo, tales como representantes de los tres comités de derechos humanos con procedimientos de comunicación, representantes de los mecanismos regionales de derechos humanos, de la OIT y la UNESCO, y procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos, y *b)* pedir “para su próximo periodo de sesiones como documento de antecedentes un informe del secretario general en que se proporcione al Grupo de Trabajo, en su segundo periodo de sesiones, un resumen comparativo de los procedimientos y prácticas de comunicación e investigación vigentes establecidos al amparo de los instrumentos internacionales de derechos humanos y del sistema de las Naciones Unidas”.⁸¹

El 19 de abril de 2004, la Comisión de Derechos Humanos acogió con beneplácito el informe del Grupo de Trabajo y decidió renovar su mandato por dos años para que estudiara las opciones de elaboración de un protocolo facultativo del PIDESC, y lo autorizó a reunirse durante diez días hábiles, antes de los periodos

⁸⁰ ONU, Comisión de Derechos Humanos, Los derechos económicos, sociales y culturales, Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su primer periodo de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/2004/44, 15 de marzo de 2004, p. 22, párrs. 75-76.a,b,c. El 15 de noviembre de 2004 la OACNUDH presentó su informe “Documento de antecedentes preparado por la secretaria. Selección de precedentes en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, E/CN.4/2005/2G.23/CRP.1; y el 22 de noviembre de 2004, el secretario general presentó su informe “Resumen comparativo de los procedimientos y las prácticas de comunicación e investigación en relación con instrumentos internacionales de derechos humanos y el sistema de las Naciones Unidas”, E/CN.4/2005/WG.23/2), 22 de noviembre de 2004.

⁸¹ *Ibidem*, p. 23, párrs. 77.a.b.

de sesiones 61° y 62° de la Comisión de Derechos Humanos. A su vez, invitó a un representante del Comité DESC a que asista a tales reuniones en calidad de especialista y pidió a la presidenta-relatora del Grupo de Trabajo que determinara los expertos que podrían invitarse a futuros periodos de sesiones del mismo. Asimismo, pidió al Grupo de Trabajo y al secretario general de la ONU informar sobre la aplicación de las cuestiones anteriores.⁸²

El segundo periodo de sesiones del Grupo de Trabajo tuvo lugar del 10 al 21 de enero de 2005, y en este, Catarina de Albuquerque fue reelecta relatora-presidenta. El Grupo de Trabajo preparó un informe en que se incluyeron las posiciones de varios Estados sobre la posibilidad de adoptar un protocolo facultativo del PIDESC. Así, Rusia, Portugal y Francia expresaron su apoyo a la inclusión de una disposición en el protocolo facultativo que declarara inadmisibles las comunicaciones anónimas. Brasil, Costa Rica, Etiopía, Finlandia, México, Portugal y Sudáfrica propusieron que la aplicación del protocolo facultativo fuera general, mientras que Rusia señaló que apoyaba un enfoque “a la carta”.⁸³

Francia planteó que el alcance del protocolo facultativo debía restringirse a las violaciones graves de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual fue apoyado por Grecia y Alemania. Ghana, Finlandia y Rusia manifestaron su oposición a esta propuesta, al considerar que plantearía problemas para definir los requisitos de admisibilidad e introduciría nuevos obstáculos para las víctimas. En el mismo sentido, Bélgica señaló que sería difícil elaborar criterios que limitaran los derechos sujetos al procedimiento de presentación de denuncias del protocolo facultativo sin modificar el contenido del PIDESC.⁸⁴

⁸² Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2004/29, párrs. 14.a.b.c.d.e, 15-17.

⁸³ ONU, Comisión de Derechos Humanos, Los derechos económicos, sociales y culturales, Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su segundo periodo de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/2005/52, 10 de febrero de 2005, p. 20, párrs. 86-87.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 20, párr. 88. Alemania, además, “recomendó que se limitaran los mecanismos de comunicaciones a los casos relativos a violaciones del

Prácticamente todos los Estados mostraron su anuencia a incluir en el protocolo facultativo una disposición respecto del agotamiento de los recursos internos, aunque algunos, como Australia, Bélgica, Brasil, Costa Rica, Grecia, Rusia, España y Etiopía, en nombre del Grupo de Estados de África, sugirieron que tales recursos no se agotaran en los recursos judiciales. México y Brasil propusieron que estos también fueran efectivos. Otros, como Angola, Argentina, Costa Rica y Francia propusieron, además, que se agotaran los recursos regionales, y Reino Unido señaló que algunos recursos internos podrían ser de carácter político. China, por su parte, pidió que los criterios de admisibilidad fueran lo más específicos posible.⁸⁵

Aunque el Grupo de Trabajo tuvo ante sí el proyecto de Protocolo Facultativo que el Comité DESC presentó a la Comisión de Derechos Humanos en 1997, se decidió que era necesario actualizarlo y revisarlo, por lo que solicitó a la relatora-presidenta elaborar un documento que incluyera una lista de elementos que debería contener el protocolo facultativo; además, se estableció que el documento debería: *a)* explicar la naturaleza y el alcance del mismo; *b)* analizar las ventajas respectivas de un instrumento con un enfoque general o un enfoque “a la carta”; *c)* exponer detalladamente las maneras de garantizar el funcionamiento eficaz de un procedimiento de comunicaciones, y *d)* enumerar los criterios de admisibilidad y otros elementos.⁸⁶

En la continuación del debate sobre la elaboración del protocolo facultativo, varios países⁸⁷ manifestaron su apoyo para la concreción de dicho proyecto. Sin embargo, Rusia y Suiza apuntaron que este instrumento debía adoptar un enfoque “a la carta”. La mayoría expresó su apoyo a la idea de un protocolo facultativo

contenido básico de un derecho”. Por su parte, Australia “señaló que al autor de una comunicación debía afirmar que era víctima de una violación específica”.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 21, párrs. 92-93.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 22, 23, 25-26, párrs. 98, 102, 108-109.

⁸⁷ Alemania, Bélgica, Chile, Costa Rica, Croacia, Cuba, Ecuador, Eslovenia, España, Rusia, Finlandia, Francia, México, Perú, Portugal, República Checa, Venezuela, Argentina, en nombre del Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC) y Etiopía, en nombre del Grupo de Estados de África.

con un enfoque general, y el Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC) “consideró que la existencia de un protocolo facultativo contribuiría de manera significativa a garantizar que los derechos económicos, sociales y culturales recibían el mismo trato que los derechos civiles y políticos”.⁸⁸

Australia, Canadá, Estados Unidos, Japón y Polonia se mostraron desconfiados de que un mecanismo de denuncia contribuyera eficazmente a mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estados Unidos sostuvo que el protocolo facultativo sería ineficaz y costoso, y Canadá afirmó que se deberían buscar otras maneras de mejorar la supervisión de estos derechos, tales como modificar el actual proceso de presentación de informes estatales para permitir al Comité DESC estudiar las situaciones individuales de posible incumplimiento; “la ampliación de los mandatos de los relatores especiales, de forma que pudieran recibir y examinar las comunicaciones urgentes; revisión de los procedimientos de comunicaciones de la UNESCO y la OIT; o la creación de un procedimiento para la solución amistosa de las denuncias”.⁸⁹

En el tercer periodo de sesiones del Grupo de Trabajo, la presidenta-relatora presentó el documento solicitado sobre los elementos que deberían tomarse en cuenta para elaborar el protocolo facultativo del PIDESC. En este planteó cinco enfoques para determinar a qué derechos contenidos en el PIDESC deberían aplicárseles el protocolo facultativo. Así, se encuentra: a) el enfoque exhaustivo, que puede ser de dos formas: (i) que se permita a la víctima presentar una denuncia que alegue una violación de cualquiera de las disposiciones del PIDESC, y (ii) que se permita a la víctima presentar una denuncia en la que alegue una violación de cualquiera de las disposiciones de la parte III

⁸⁸ *Ibidem*, p. 23, párrs. 101-102. “Suiza además consideró que era interesante la idea de un enfoque, ya fuera general o «a la carta», limitado al contenido mínimo de los derechos y centrado en las denuncias de violaciones de las obligaciones de respetar y proteger, con un posible procedimiento de no aceptación” y “Alemania expresó su apoyo a la idea de que el alcance del protocolo facultativo se centrara en el contenido básico de los derechos”.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 24, párrs. 103-104 y 107.

del PIDESC, contemplada conjuntamente con las partes I y II;⁹⁰ b) el enfoque “a la carta”, que permite a los Estados limitar la aplicación del Protocolo Facultativo a determinadas disposiciones del PIDESC; c) el enfoque de reserva o “rechazar la carta”, que permite a los Estados excluir de la aplicación del Protocolo Facultativo una o varias disposiciones del PIDESC; d) el enfoque de plazos limitados, que permite a los Estados parte limitar la aplicación del protocolo facultativo a determinadas disposiciones del PIDESC, al tiempo que los obliga a aumentar el número de disposiciones sujetas al procedimiento en unos plazos determinados con el objetivo de conseguir la cobertura total, y e) el enfoque limitado, que permite a la víctima presentar una denuncia únicamente en relación con algunas partes o algunas disposiciones del PIDESC.⁹¹

De acuerdo con la presidenta-relatora, al momento de decidir por uno de estos enfoques, los Estados parte deben tomar en cuenta los siguientes aspectos: a) las consecuencias del enfoque adoptado sobre los principios de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos; b) las opiniones que el Comité DESC expresó en su proyecto de protocolo facultativo; c) la influencia del enfoque adoptado para facilitar la rápida ratificación del protocolo facultativo; d) los efectos de la exclusión de algunas de las disposiciones del PIDESC del mecanismo de denuncias; e) la importancia de la flexibilidad de que pueda gozar un Estado en la aplicación de un procedimiento de denuncias; f) los efectos del enfoque adoptado sobre la afirmación de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y g) la posibilidad de que los objetivos perseguidos con los enfoques “elegir a la carta” o “rechazar a la carta” pudie-

⁹⁰ ONU, Elementos para la elaboración de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Documento analítico preparado por la presidenta-relatora, Sra. Catarina de Albuquerque, U.N. Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, p. 4, párr. 5.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 4-5, párr. 5. “Mientras que el enfoque de «elegir a la carta» parte de la hipótesis de que el procedimiento debe aplicarse únicamente a un número limitado de disposiciones del Pacto, el enfoque de «reserva» parte de la base de que el procedimiento de presentación de comunicaciones se aplicaría en principio a la totalidad del tratado con algunas excepciones”.

ran conseguirse a través de la formulación de reservas al protocolo facultativo.⁹²

Para la presidenta-relatora, la no elaboración de un protocolo facultativo podría indicar que: *a)* es suficiente el sistema de informes para supervisar el cumplimiento del PIDESC; *b)* los derechos económicos, sociales y culturales no son justiciables; *c)* estos derechos son diferentes y de distinta naturaleza que los civiles y políticos; *d)* estos son de una naturaleza esencialmente vaga y no constituyen más que una aspiración; *e)* son discrecionales y costosos; *f)* la interpretación del PIDESC seguirá dependiendo del diálogo constructivo entre el Comité DESC y los Estados parte, y *g)* no hay suficiente justificación para ampliar los recursos humanos y financieros de la OACNUDH “para que pueda proporcionar apoyo de secretaría para la aplicación de un protocolo facultativo”.⁹³

El 15 de abril de 2005, la Comisión de Derechos Humanos acogió con satisfacción el informe del Grupo de Trabajo y le pidió informarle, en su 62º periodo de sesiones, sobre las opciones para elaborar un protocolo facultativo.⁹⁴ El Grupo de Trabajo tuvo su tercer periodo de sesiones del 6 al 17 de febrero de 2006. Durante los debates, Brasil, en nombre del GRULAC, señaló que debía corregirse el desequilibrio histórico entre los derechos económicos, sociales y culturales y otros derechos, y que sin un procedimiento o sistema de denuncias similar al de otros órganos de carácter convencional, estos derechos seguirían siendo un ideal inaccesible.⁹⁵

⁹² *Ibidem*, pp. 5-6, párr. 6.

⁹³ *Ibidem*, pp. 27-28, párr. 60. En lo demás, el documento analítico propone algunas cuestiones que son comunes en los procedimientos cuasijudiciales y judiciales de los comités de los tratados de derechos humanos y de los tribunales regionales de derechos humanos, respectivamente, como: *a)* los criterios de admisibilidad; *b)* legitimación para presentar denuncias; *c)* actuaciones sobre el fondo; *d)* solución amistosa; *e)* medidas provisionales; *f)* dictámenes; *g)* procedimientos de seguimiento, y *h)* comunicaciones interestatales, entre otros.

⁹⁴ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/22, párrs. 14-15.

⁹⁵ ONU, Comisión de Derechos Humanos, Los derechos económicos, sociales y culturales, Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encar-

Marruecos, en nombre del Grupo de Estados Africanos, manifestó su respaldo a un protocolo facultativo con un enfoque amplio en su aplicación; Austria, en nombre de la Unión Europea, señaló la necesidad de comprender mejor los requisitos para mejorar el cumplimiento del PIDESC y examinar las medidas concretas a adoptar cuando acabase el mandato del Grupo de Trabajo. Australia, por su parte, manifestó que los derechos económicos, sociales y culturales estaban formulados de una manera tan amplia, que no eran susceptibles a la investigación de probables violaciones.⁹⁶

Para Portugal, un sistema de denuncias: *a)* ayudaría a los Estados parte a cumplir con sus obligaciones derivadas del PIDESC; *b)* mejoraría la visibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y *c)* ejercería una función catalizadora en el plano nacional. Finlandia manifestó que el protocolo facultativo reforzaría el principio de responsabilidad internacional y contribuiría a la interpretación de tales derechos. Croacia expresó que un instrumento de esta clase: aclararía las obligaciones estatales en virtud del PIDESC y proporcionaría orientación a los tribunales nacionales, así como recursos a las víctimas de violaciones para sus derechos económicos, sociales y culturales.⁹⁷

Estados Unidos subrayó que el PIDESC carecía de un criterio significativo que permitiera el ejercicio de tales derechos, y enfatizó que no era necesario considerar la posibilidad de aprobar el protocolo facultativo. Los Países Bajos expresaron su acuerdo sobre la indivisibilidad de los derechos humanos, pero aseveraron que, dadas las diferencias considerables en su aplicación, era una simplificación excesiva considerar que la inexistencia de un sistema de denuncias para los derechos económicos, sociales y culturales crea una desigualdad respecto de otros derechos.⁹⁸

gado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/2006/47, 14 de marzo de 2006, pp. 3-4, párr. 6.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 4, párrs. 7-9.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 4, párr. 10.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 6, párrs. 18-23.

En cuanto al alcance de la aplicación del protocolo facultativo, Angola, Argentina, Azerbaiyán, Bélgica, Brasil, Ecuador, Egipto, Etiopía, Finlandia, Italia, México, Nigeria, Noruega, Portugal, Senegal, España, Suiza, y Marruecos, en nombre del Grupo de Estados Africanos, manifestaron su apoyo a un enfoque exhaustivo o amplio del alcance de los derechos sujetos a un sistema de denuncias o comunicaciones. Suiza sugirió una combinación entre un enfoque exhaustivo respecto de la aplicación no discriminatoria de los derechos, y un enfoque de reserva o “rechazo a la carta”, que podría excluir la dimensión de satisfacción.⁹⁹

Por su parte, Reino Unido e India subrayaron que un enfoque exhaustivo sería inviable, y que una posibilidad sería limitar el sistema de quejas a la cuestión de la discriminación. Canadá, Grecia y Rusia mostraron su preferencia por un protocolo facultativo con un enfoque “a la carta”, ya que: *a)* es un enfoque más flexible; *b)* promovería más ratificaciones; *c)* sería una forma de reconocer que algunos derechos están definidos con más claridad, y *d)* permitiría que los Estados ampliaran, con el tiempo, la lista de derechos.¹⁰⁰

Finalmente, Brasil, en nombre del GRULAC, Marruecos, en nombre del Grupo de Estados Africanos, Angola, Argentina, Azerbaiyán, Bélgica, Burkina Faso, Chile, Costa Rica, Croacia, Cuba, Egipto, Finlandia, México, Portugal, Rusia, Sudáfrica, España y Timor-Leste, “propusieron que se encargara a la actual presidenta-relatora la preparación de un primer borrador de protocolo facultativo, que tuviera en cuenta las opiniones expresadas y los debates del Grupo de Trabajo tanto en su actual periodo de sesiones como en el anterior, y que sirviera de base para las futuras negociaciones”.¹⁰¹

⁹⁹ *Ibidem*, p. 7, párrs. 27-28.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 7, párrs. 29-30.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 24, párr. 126. En lo demás, el informe aborda el análisis de cuestiones que también son comunes en los procedimientos cuasijudiciales y judiciales de los comités de los tratados de derechos humanos y de los tribunales regionales de derechos humanos, respectivamente, tales como: *a)* los criterios de admisibilidad; *b)* legitimación para presentar denuncias; *c)* actuaciones sobre el fondo; *d)* solución amistosa; *e)* medidas provisionales; *f)* dictámenes; *g)* procedimientos de seguimiento, y *h)* comunicaciones interestatales; entre otros. Véanse pp. 9-22.

El 29 de junio de 2006, durante la primera sesión del actual Consejo de Derechos Humanos, acogió con satisfacción el informe del Grupo de Trabajo y decidió

[...] prorrogar el mandato del grupo de trabajo por un periodo de dos años a fin de elaborar un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, a este respecto, pide a la presidenta del Grupo de Trabajo que prepare, teniendo en cuenta todas las opiniones expresadas durante los periodos de sesiones del Grupo de Trabajo, entre otras cosas, sobre el alcance y la aplicación de un protocolo facultativo, un primer proyecto de protocolo facultativo en el que se incluyan proyectos de disposiciones correspondientes a los distintos enfoques principales esbozados en el informe analítico de la presidenta del Grupo de Trabajo, que sirva de base para las próximas negociaciones.¹⁰²

El cuarto periodo de sesiones del grupo de trabajo tuvo lugar del 16 al 27 de julio de 2007. En este, Catarina de Albuquerque fue reelecta por aclamación como presidenta-relatora.¹⁰³ Como ya hemos visto, el GTCAPF se ha reunido, desde su constitución, en cuatro ocasiones: marzo de 2004, enero de 2005, febrero de 2006 y julio de 2007; esta última es la primera bajo el mandato de redactar un borrador de protocolo facultativo del PIDESC.

Así, en virtud de la resolución 1/3 del Consejo, Catarina de Albuquerque preparó un borrador de protocolo facultativo que fue examinado por el Grupo de Trabajo. El borrador se acompañó de un memorando explicativo que expone la lógica subyacente al texto propuesto y expone cómo se recogen las diversas propuestas que se hicieron durante las deliberaciones en los anteriores periodos de sesiones del Grupo de Trabajo.¹⁰⁴

¹⁰² Resolución del Consejo de Derechos Humanos 1/3, párr. 2.

¹⁰³ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre su cuarto periodo de sesiones (Ginebra, 16 a 27 de julio de 2007), A/HRC/6/8, 30 de agosto de 2007, p. 4, párr. 4.

¹⁰⁴ Proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Preparado por la presidenta-relatora,

El proyecto de protocolo consta de un preámbulo y 26 artículos. En el primero se reafirma que todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y se considera que, para asegurar el mejor logro de los propósitos del PIDESC, es conveniente facultar al Comité DESC para recibir y considerar comunicaciones sobre las violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en dicho instrumento. El artículo 1 se refiere a la competencia del Comité DESC para recibir comunicaciones, el cual sigue el texto del primer protocolo facultativo al PIDCP y del Protocolo Facultativo de la CEDAW, se le agrega una referencia a la competencia del Comité DESC para “realizar investigaciones”.¹⁰⁵

El artículo 2, sobre las comunicaciones de particulares, incluye tres opciones de texto: a) un enfoque amplio; b) un enfoque restrictivo; y c) un enfoque de “reserva” y “exclusión”. En relación con las comunicaciones colectivas, se establece en el artículo 3 que las ONG reconocidas como entidades consultivas por el Ecosoc quedan habilitadas para presentar comunicaciones. El artículo 4 se refiere a la admisibilidad de las comunicaciones, lo cual es similar a lo establecido en los procedimientos de otros comités.¹⁰⁶

El artículo 5 describe la figura de las medidas provisionales que debe considerar el Comité DESC, tomando en cuenta los problemas de recursos del Estado en cuestión. Los artículos 6 y 7 se refieren a la transmisión de las comunicaciones y a la solución amistosa, respectivamente, que al no suscitar controversia, fueron incorporados sin más al proyecto. El artículo 8 trata sobre el examen del fondo, y se redactó a la luz de la fórmula utilizada en otros procedimientos de comunicaciones. El artículo 9 se refiere al procedimiento interestatal, y su texto es parecido al establecido en otros procedimientos. Los artículos 10 y 11, sobre un procedimiento de investigación, han generado opiniones a favor y en contra, por lo que requieren de

Catarina de Albuquerque, A/HRC/6/WG.4/2, 23 de abril de 2007, p. 3, párr. 6.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 14.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 14-17.

mayor deliberación. En tal sentido, se incluye un texto extraído de disposiciones idénticas en otros procedimientos en el marco convencional de la ONU.¹⁰⁷

El proyecto también incluye (en su art. 12) la figura de las medidas de protección de forma similar al texto del artículo 11 del protocolo facultativo de la CEDAW. Los artículos 13 y 14 se refieren a la asistencia y cooperación internacionales, y a la creación de un fondo especial para ayudar a los países con graves dificultades económicas para aplicar los dictámenes del Comité DESC. Finalmente, los artículos 15 al 26 tratan sobre una serie de aspectos técnicos, como el informe anual (art. 15); el deber de los Estados de divulgar información sobre el protocolo facultativo (art. 16); el reglamento (art. 17); la firma, ratificación y adhesión (art. 18); la entrada en vigor (art. 19); la competencia del Comité DESC respecto del procedimiento de investigación (art. 20); las reservas (art. 21); las enmiendas (art. 22); la transferencia de competencias (art. 23); la denuncia (art. 24); la notificación por el secretario general (art. 25); y los idiomas oficiales (art. 26).¹⁰⁸

Frente al proyecto de protocolo facultativo presentado por la presidenta-relatora, Brasil, en nombre del GRULAC, lo encomió; Portugal, en nombre de la Unión Europea y los países asociados, México, Azerbaiyán y Chile, enfatizó la importancia de que los derechos económicos, sociales y culturales se pusieran en igualdad de condiciones con los derechos civiles y políticos. Egipto, en nombre del Grupo de Estados Africanos, reiteró su apoyo a la elaboración del protocolo facultativo. Bielorrusia, Croacia, España, Etiopía y Perú manifestaron que el instrumento debía tener un alcance exhaustivo, y Colombia y Sudáfrica expresaron que la negociación en curso era una buena oportunidad para promover los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁰⁹

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 18-22.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 22-24.

¹⁰⁹ Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre su cuarto periodo de sesiones (Ginebra, 16 a 27 de julio de 2007)..., *cit.*, p. 4, párrs. 6-9.

Por su parte, Grecia y Suiza expusieron su preferencia por un criterio flexible en la aplicación del protocolo facultativo; Suiza recaló la necesidad de contar con una cláusula potestativa de exclusión, y Turquía manifestó su preferencia por una opción que permitiera que los Estados, con el tiempo, ampliaran el número de derechos sujetos al protocolo facultativo. China indicó que debían examinarse aún más los mecanismos de quejas y los procedimientos de investigación. Australia, Japón e India señalaron que el protocolo facultativo debería establecer criterios claros para evaluar las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. Estados Unidos expresó su preocupación por la elaboración del instrumento, ya que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una naturaleza que les impide ser justiciables, e Italia recaló que en el protocolo facultativo debía tenerse en cuenta la naturaleza específica de algunos de esos derechos.¹¹⁰

A la vez, Nigeria y Estados Unidos insistieron en que el derecho de un Estado parte a definir sus propias prioridades de política económico-social no debía verse limitado por un protocolo facultativo; la República de Corea manifestó su preferencia por restringir las comunicaciones individuales a violaciones graves de los derechos económicos, sociales y culturales. Por su parte, Brasil insistió en que un protocolo facultativo con un enfoque “a la carta” constituiría un retroceso conceptual, y Ecuador “recordó que el concepto de realización gradual no daba lugar a que los Estados aplazaran más de la cuenta la aplicación de medidas para lograr la plena realización de los derechos de que trataba”.¹¹¹

Con base en las deliberaciones realizadas en el cuarto periodo de sesiones, la presidenta-relatora preparó una versión revisada del proyecto de protocolo facultativo, en la que incluyó las recomendaciones de los Estados y la sometió a consideración del Grupo de Trabajo en la primera parte de su 5° periodo de sesiones, que se celebró del 4 al 8 de febrero de 2008. Posteriormente, teniendo en cuenta los debates surgidos en esas reuniones, preparó un segundo proyecto revisado que sometió a exa-

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 5, párrs. 10-13.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 6, párrs. 14-18.

men del Grupo de Trabajo en la segunda parte de su 5° periodo de sesiones, celebrado del 31 de marzo al 4 de abril de 2008, con el objetivo de facilitar el proceso de negociación entre los Estados.¹¹²

La presidenta-relatora acompañó el texto del segundo proyecto revisado con una carta a los miembros del Grupo de Trabajo, en la que reconoció los considerables progresos y acuerdos alcanzados en muchas disposiciones del proyecto del protocolo facultativo. No obstante, también señaló que aún había que llegar a soluciones consensuadas sobre el artículo 2, relativo a las comunicaciones; al párrafo 4 del artículo 8, referente al examen de las comunicaciones; y al artículo 14, relativo al fondo fiduciario. Además, expresó que en el proyecto presentado se incorporaron las propuestas que obtuvieron mayor apoyo entre los delegados estatales, y se excluyeron las que tropezaron con considerables objeciones.¹¹³

En términos generales, el segundo proyecto revisado suprime el artículo 3 referido a las comunicaciones colectivas, el artículo 17 relativo al reglamento, y el artículo 23 referente a la transferencia de competencias. Por otra parte, se excluyen las comunicaciones interestatales y las quejas de víctimas no residentes en el Estado responsable de la violación de sus derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, el artículo 20, relativo a la competencia del Comité DESC, en relación con el procedimiento de investigación, se convierte en el artículo 11 bis.¹¹⁴

¹¹² Proyecto revisado de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, U.N. Doc. A/HRC/8WG.4/3, 28 de febrero de 2008. A su vez, después de realizar consultas informales con algunas delegaciones estatales en Ginebra, del 25 al 28 de febrero de 2008, la presidenta-relatora preparó, para la segunda parte del 5° periodo de sesiones, proyectos adicionales sobre los arts. 4, 5, 8, 13 y 14, que se distribuyeron entre las delegaciones el 25 de marzo de 2008. Véase “Drafting proposals for the optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights” by the Chairperson-Rapporteur of the Open-ended Working Group, 25 de marzo de 2008.

¹¹³ Proyecto revisado de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales..., *cit.*, p. 2.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 3-13.

Durante los debates en las reuniones del 5° periodo de sesiones del Grupo de Trabajo, varias delegaciones estatales señalaron que el 60° aniversario de la Declaración Universal era una excelente ocasión para adoptar el protocolo facultativo, con lo cual se reafirmaría la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos. Asimismo, se mantuvieron las posiciones de aquellos Estados que apoyaban un enfoque amplio o exhaustivo de aplicación de dicho instrumento, y la de aquellos que preferían un enfoque “a la carta”. Mientras que algunos Estados, como Sudáfrica, afirmaron la justiciabilidad de todos los derechos económicos, sociales y culturales, otros, como Canadá y Estados Unidos, argumentaron que su naturaleza progresiva lo excluía de exigirlos en sede judicial o cuasijudicial.¹¹⁵

En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta las sesiones del Grupo de Trabajo, se ha podido observar la presencia de varias fuerzas con una posición determinada alrededor del protocolo facultativo: *a)* el GRULAC y los Estados africanos, que han apoyado decididamente la adopción del instrumento; *b)* el grupo de Estados de Asia, que han mostrado una aparente falta de interés en el tema, pues su participación en las sesiones ha sido limitada; *c)* el grupo de países de Europa del Este, Asia Central y Rusia, que han mostrado su apoyo al protocolo facultativo (Rusia lo ha hecho de manera significativa), y *d)* el grupo occidental y otros, cuyo apoyo al protocolo facultativo ha sido débil.¹¹⁶

¹¹⁵ “Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Ginebra, 4-8 de febrero y 31 de marzo-4 de abril 2008)”, en Human Rights Council, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, A/HRC/8/7, 6 de mayo de 2008, pp. 3-4, párrs. 7-10. En este informe pueden consultarse los debates en torno del primer y segundo proyecto revisado de Protocolo Facultativo.

¹¹⁶ Sepúlveda, Magdalena, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un llamado a la acción”..., *cit.*, pp. 268-269. Dentro del grupo de Estados africanos, Egipto ha manifestado su oposición al protocolo facultativo al PIDESC; en el grupo de Estados asiáticos, Irán también ha expresado su rechazo a este instrumento; y, dentro del grupo de Estados europeos occidentales y otros, existe una clara división. “Las intervenciones de algunos

Es importante señalar que el trabajo de los Estados que conforman el GRULAC ha sido fundamental para que se estableciera el Grupo de Trabajo y para que su mandato fuera renovado. Junto con los Estados africanos, su defensa de la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el PIDESC, incidió fuertemente para que el Grupo de Trabajo pudiera concluir su mandato con un texto de protocolo facultativo consensuado. De hecho, en muchas observaciones finales adoptadas por el Comité DESC después de examinar los informes periódicos de los Estados latinoamericanos y del Caribe, se valora significativamente “el apoyo ofrecido” o “la actitud positiva” de estos países en relación con la aprobación de un protocolo facultativo al PIDESC.¹¹⁷

Todo lo anterior refleja lo difícil que ha sido el camino para llegar a un consenso sobre un texto de protocolo facultativo al PIDESC. Pero en la segunda parte del 5º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo, y después de varios años de arduas negociaciones, las esperanzas de la presidenta-relatora se hicieron realidad: los Estados se flexibilizaron para alcanzar un consenso, lo que permitió al Grupo de Trabajo completar su mandato con un texto que fue transmitido al Consejo para su examen y posible aprobación.¹¹⁸

delegados de países europeos, como Finlandia y Portugal, han demostrado un consistente y fuerte apoyo al Protocolo, sin embargo, otros han hecho evidente su escepticismo (*p. ej.*, Noruega y República Checa) y otros su rechazo (*p. ej.* Polonia y Reino Unido). Asimismo, países como Estados Unidos, Canadá y Australia, son fuertes oponentes de un protocolo facultativo al Pacto”.

¹¹⁷ Véase, entre otros, Comité DESC, observaciones finales: Brasil, E/C.12/1/Add.87, 26 de junio de 2003, párr. 13; observaciones finales: El Salvador, E/C.12/1/Add.4, 28 de mayo de 1996, párr. 11; observaciones finales: Honduras, E/C.12/1/Add.57, 21 de mayo de 2001, párr. 4; observaciones finales: México, E/C.12/1/Add.41, 8 de diciembre de 1999, párr. 11, y observaciones finales: México, E/C.12/MEX/CO/4, 9 de junio de 2006, párr. 4; observaciones finales: Panamá, E/C.12/1/Add.64, 24 de septiembre de 2001, párr. 7.

¹¹⁸ “Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Ginebra, 4-8 de febrero y 31 de marzo-4 de abril 2008)...”, *cit.*, pp. 17 y 26, párrs. 137 y 211.

5.3. LOS ARGUMENTOS ESTATALES A FAVOR Y EN CONTRA DE LA ADOPCIÓN DEL PROTOCOLO FACULTATIVO

Las discusiones y argumentos a favor y en contra de la adopción de un mecanismo de denuncias aplicable al PIDESC no es algo que surge en los años noventa con la idea de elaborar y adoptar un protocolo facultativo de tal instrumento. Ya en 1954, los Estados habían rechazado varias propuestas relativas al establecimiento de un sistema de quejas o comunicaciones que permitiera el examen de denuncias sobre posibles violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el PIDESC.¹¹⁹ Pese al tiempo transcurrido, los argumentos en contra prácticamente siguen siendo los mismos y pareciera que quienes los sostienen ignoran los importantes avances jurisprudenciales, doctrinales y normativos en la materia.

Por ello, y como lo venimos observando a lo largo de estas páginas, los debates en todas las sesiones del Grupo de Trabajo no han sido pacíficos, ya que la concepción de algunos Estados sobre los derechos económicos, sociales y culturales sigue condicionada por razones teóricas difícilmente sostenibles de forma absoluta en la actualidad. Si bien es cierto que se les pueden imputar algunas de las “imperfecciones” o “defectos” que se han esgrimido —requieren recursos, algunos no son precisos, generan obligaciones positivas o de hacer—, estas también son perfectamente imputables a los derechos civiles y políticos.¹²⁰

En términos generales, de la lectura de los informes del Grupo de Trabajo podemos extraer que los argumentos de aquellos Estados que expresan su rechazo al protocolo facultativo se pueden clasificar en tres grandes grupos: a) los que siguen manteniendo la idea de que los derechos económicos, sociales y cul-

¹¹⁹ Dennis, Michael J. y Stewart, David P., “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?”, en *The American Journal of International Law*, vol. 98, núm. 3, Washington, jul, 2004, p. 485.

¹²⁰ Hierro, Liborio, “Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en Alexy, Robert, *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 172-173.

turales tienen unas características innatas que les impiden ser justiciables; b) los que consideran que la falta de precisión del contenido del PIDESC no permite determinar exactamente lo que se puede exigir ante el Comité DESC, y c) los que, por una simple conveniencia política, consideran que los comités de los tratados de derechos humanos no pueden ser competentes para conocer denuncias individuales.¹²¹

En relación con lo primero, la idea de una “naturaleza” no justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales fue argumentada por algunos Estados durante la década de los años cincuenta en pleno apogeo de la Guerra Fría, por lo que esgrimirlos en la actualidad y fuera de su contexto “se acerca a la insensatez” y no es congruente con “el dinámico desarrollo que ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos”, que ha demostrado que tal idea es contra fáctica.¹²²

Como lo vimos en el apartado 1 de este capítulo, en gran parte, el problema de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales se debe a la falta de garantías secundarias que, por decisión política y no por una cuestión natural, los Estados no han decidido instituir, a pesar de tener la obligación de colmar las lagunas que impiden que un derecho cumpla con las expectativas que genera desde el momento de su adopción normativa.

Aunque se pueda superar la falta de garantías de los derechos económicos, sociales y culturales, no desaparecen las críticas sobre la falta de legitimidad democrática y de capacidad técnica de los órganos judiciales o cuasijudiciales para resolver asuntos relativos a estos derechos. En este sentido, uno de los argumentos persistentes es que la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales es por naturaleza antidemocrática, en tanto que los tribunales usurpan el papel de los representantes democráticamente elegidos, en cuestiones de políticas sociales y asignación de recursos.¹²³

¹²¹ Sepúlveda, Magdalena, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un llamado a la acción”..., *cit.*, pp. 270-273.

¹²² *Ibidem*, Las citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 270-271.

¹²³ Langford, Malcom, “The justiciability of social rights: From practice to theory”, en Langford, Malcom (ed.), *Social rights jurisprudence...*, *cit.*, p. 31.

Frente a este argumento se debe señalar que frecuentemente en sede judicial se resuelven casos que tienen implicaciones económicas importantes en materia laboral, civil, mercantil, contractual que, por lo general, encierran “tasaciones y gestión de bienes, estipulación de daños y perjuicios, cálculos de intereses y de lucro cesante, y otras cuestiones de indudable complejidad”.¹²⁴ Si bien se puede argumentar que no tienen la capacidad técnica para ello, los órganos judiciales se apoyan en informes técnicos y periciales para decidir sobre estos asuntos, de la misma manera que lo hacen muchos parlamentarios que ante su incompetencia técnica en asuntos de políticas públicas en general también se apoyan en asesores, consultores, peritos y comisiones especiales. El propio Comité DESC ha establecido que

Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.¹²⁵

Por tanto, tal como lo demuestra la experiencia de distintos órganos judiciales y cuasijudiciales nacionales e internacionales, la oposición política a la intervención judicial en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales no redundaría en una mayor democratización de los sistemas políticos, sino que más bien constituye un pretexto para dejar en la impunidad la actuación restrictiva y regresiva de los poderes públicos en relación con estos derechos, sobre todo cuando se trata de los grupos más vulnerables de la sociedad. En tal sentido, “la ausencia de garantías

¹²⁴ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 95.

¹²⁵ Comité DESC, *La aplicación interna del Pacto...*, observación general 9, 1998, *cit.*, párr. 10.

jurisdiccionales en materia de derechos sociales, lejos de redundar en beneficio del sistema democrático, actúa en su detrimento”.¹²⁶

En referencia a lo segundo, se argumenta que la falta de determinación del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales constituye un impedimento insuperable para exigirlos en sede judicial o cuasijudicial, ya que el Comité DESC, por ejemplo, no podría determinar la conducta que provoca su incumplimiento.¹²⁷ Sin embargo, el hecho de que estos derechos hayan sido incorporados en muchas constituciones nacionales e instrumentos internacionales con cierto grado de indeterminación no se debe a una cuestión relacionada con su naturaleza, sino con la falta de voluntad política de los Estados para precisar su contenido mediante el debido desarrollo legislativo, como se ha hecho con los derechos civiles y políticos.

Es preciso apuntar que la generalidad y la vaguedad son características de las normas jurídicas en general, y de todos los derechos humanos en particular¹²⁸ y, dentro de ellos, no solo es una cuestión relativa a los derechos económicos, sociales y culturales. Por ejemplo, la noción de “tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” no es más precisa o específica que la noción de “educación básica obligatoria y gratuita”. Sin embargo, tradicionalmente la actividad legislativa, jurisdiccional y doctrinal se ha enfocado en determinar el alcance y contenido del primero y del resto de derechos civiles y políticos, mientras que el segundo, y demás derechos económicos, sociales y culturales, han sido prácticamente ignorados.¹²⁹

En este orden de ideas, en el ámbito de los tratados de derechos humanos es posible encontrar disposiciones sobre derechos humanos cuya redacción es general e imprecisa, y otras cuya redacción es detallada. Por ejemplo, en el PIDCP hay varias dispo-

¹²⁶ Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, p. 159.

¹²⁷ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, cit., p. 122.

¹²⁸ Jori, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, en Cabo, Antonio de y Pisarello Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 112-113.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 68.

siciones que se caracterizan por su brevedad, generalidad e indeterminación, por lo que es difícil extraer de su simple lectura el alcance y contenido preciso de los derechos allí reconocidos. Así, el artículo 7 establece: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

Por su parte, el artículo 11 señala: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. El artículo 19.1 establece que “Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones”. El artículo 21 indica:

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

¿Qué constituye exactamente la tortura? ¿En qué se diferencia de los tratos crueles? ¿Cuál es el contenido de la personalidad jurídica? La frase “en todas partes”, ¿solo se refiere a dentro del territorio de un Estado? ¿Las opiniones de una persona tienen algún límite? ¿Qué es “el orden público”, “la seguridad nacional” o “la moral pública”? Evidentemente, ha sido necesario un mayor desarrollo interpretativo, legislativo y casuístico para ir definiendo poco a poco los parámetros y límites de cada uno de los derechos mencionados.

La indeterminación e imprecisión de estos derechos no ha llevado a la conclusión de que los derechos civiles y políticos no sean verdaderos derechos o no susceptibles de exigibilidad judicial o cuasijudicial; al contrario, más bien ha generado una mayor preocupación por especificar “su contenido y límites, a partir de distintos procedimientos de afinamiento de su significado —principalmente, la reglamentación legislativa y administrativa, la jurisprudencia y el desarrollo de la dogmática jurídica—. ¹³⁰

¹³⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, cit., pp. 122-123.

Por otra parte, el mismo PIDCP contiene otras disposiciones cuya precisión contrasta con la brevedad e indeterminación de las anteriores. Así, el artículo 14 es exhaustivo al momento de determinar y definir el contenido del derecho a las garantías judiciales (consta de siete numerales y el 3 tiene siete literales). De la misma manera, la brevedad del artículo 9 contrasta con la precisión y especificidad del artículo 13. Así, mientras que el artículo 9 señala que “Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”, el artículo 13, relativo a la enseñanza primaria, tiene cuatro numerales y el 2 consta de cinco literales.

No se niega que existe un mayor número de disposiciones en el PIDESC que han sido redactadas de manera más general que en el PIDCP. No obstante, ello solo es reflejo de una opción política de los Estados, que decidieron que fueran escritas de esa manera, y no obedece a una supuesta naturaleza indeterminada, vaga e imprecisa de los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, esta redacción de las disposiciones del PIDESC:

[s]e realizó en el entendimiento de que serían posteriormente desarrolladas, como así ha sucedido gracias a la labor de algunas Organizaciones Internacionales como la OIT o la UNESCO, así como a algunos órganos de Naciones Unidas, en particular la Subcomisión para la prevención de las discriminaciones y protección de las minorías.¹³¹

Por tanto, lo que se requiere es un mayor desarrollo de tales normas, tal como lo ha venido haciendo el Comité DESC a través de sus interpretaciones en el marco de las observaciones generales; y en este sentido, la aplicación del protocolo facultativo a casos concretos de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales contribuiría a especificar aún más su contenido, “del mismo modo en que lo ha hecho el establecimiento de sistemas

¹³¹ Fernández Liesa, Carlos R., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden internacional”, en Mariño Menéndez, Fernando M. y Fernández Liesa, Carlos R. (coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 88.

de petición individual en el caso de violación de derechos civiles y políticos, tanto a nivel universal como regional”.¹³²

Y en relación con lo tercero, es evidente que algunos Estados como Sudáfrica, Estados Unidos, Mozambique o Arabia Saudita, por ejemplo, tenían un interés político en que el protocolo facultativo del PIDESC no fuera acogido, pues consideraban que el reforzamiento del sistema de supervisión, mediante la adopción de un nuevo instrumento, a la larga, les obligaría moralmente a adoptarlo. Irónicamente, hasta la fecha, ninguno de los Estados mencionados ha ratificado el PIDESC.¹³³

Con base en esta clasificación se pueden identificar cuatro problemas fundamentales que originaron la oposición inicial de algunos Estados a adoptar un protocolo facultativo: *a)* ignorancia, ya que algunos Estados continúan usando erróneamente los argumentos que surgieron en 1966 sobre la naturaleza de los derechos consagrados en el PIDESC, y *b)* falta de disposición de los Estados, por considerar que pueden comprometer sus programas económicos.¹³⁴

También *c)* temor a la idea de justiciabilidad, dado que al permitir a los individuos exigir ante los tribunales la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales, se abriría el debate sobre la obligación estatal de cumplir con tales disposiciones, y *d)* argumentos políticos consistentes en que, mientras los países en desarrollo han manifestado que no tienen obligación de implementar los derechos económicos, sociales y culturales hasta en tanto no reciban la necesaria cooperación internacional para su desarrollo económico, los países desarrollados han argu-

¹³² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, cit., p. 123.

¹³³ Sepúlveda, Magdalena, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un llamado a la acción”..., cit., p. 272.

¹³⁴ Gómez Camacho, Juan José, “La propuesta de crear un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, 2005, p. 246.

mentado que ellos no tienen el deber de ser responsables por la falta de desarrollo de los primeros.¹³⁵

Como resultado de las concepciones contrapuestas sobre el protocolo facultativo al PIDESC, dada la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, en los debates de las sesiones del Grupo de Trabajo se manifestaron mayoritariamente dos enfoques con alcances diferentes sobre la gama de derechos a ser protegidos mediante un sistema de peticiones individuales.

Por un lado, un enfoque amplio encabezado por el propio Comité DESC quien, en su borrador de protocolo, consideró apropiado que todos los derechos consagrados en los artículos 1 al 15 del PIDESC debían ser objeto del procedimiento de comunicaciones individuales, lo cual ha sido apoyado por muchos Estados y por las ONG que han estado presentes en su calidad de observadoras en todos los debates de las sesiones.¹³⁶

Por otro lado, un enfoque restrictivo o enfoque “a la carta”, que consiste en que los Estados conciben al PIDESC como un “menú de derechos” para determinar los derechos y obligaciones sobre los que estarían dispuestos a aceptar denuncias mediante un sistema de comunicaciones individuales. Al respecto, se argumentó que de esta manera: *a)* se permitiría a los Estados decidir la amplitud de las obligaciones que aceptan ajustándose a la situación del país, lo que haría más factible aceptar el principio del procedimiento de formulación de denuncias, y *b)* facilitaría la aceptación paulatina de una gama más amplia de derechos en el transcurso del tiempo.¹³⁷

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ Además de la versión del proyecto de protocolo elaborada por el Comité DESC, existen otras versiones: *a)* una preparada en una reunión de expertos, realizada en Utrecht, Holanda, del 25 al 28 de enero de 1995, y *b)* otra preparada a instancias del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, cuyos antecedentes de trabajo en esta línea se remontan a 1993.

¹³⁷ “Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Commission on Human Rights on a draft optional protocol for the consideration of communications to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...”, *cit.*, p. 14, párr. 27.

También se argumentó que: *c)* resolvería parte de la cuestión de qué derechos son exigibles y en qué medida, al permitir a los Estados resolverla por sí mismos y ampliar su planteamiento, conforme se vaya aclarando el contenido de cada uno de los derechos, y *d)* haría que el procedimiento en conjunto fuese de empleo más sencillo y por tanto más aceptable, para un número mayor de Estados.¹³⁸

Aunque la mayoría de Estados apoyó el enfoque amplio de un protocolo facultativo que abarque todos los niveles de derechos y obligaciones del PIDESC, los pocos Estados que preferían un enfoque restrictivo trataron de usar su poder de incidencia para obstaculizar los avances en esta materia, e incluso lograr, en nombre del consenso y de una aceptación más universal del protocolo, que el enfoque “a la carta” fuera el adoptado finalmente. Estados Unidos, por ejemplo, nunca dejó de manifestar su preocupación por la elaboración del protocolo facultativo, e insistió en que los derechos económicos, sociales y culturales eran por naturaleza diferentes; por tanto, no susceptibles de un mecanismo de supervisión de este tipo.¹³⁹

Si se hubiera optado por un enfoque restrictivo o a la carta: *a)* se hubiera puesto en duda el principio de que todos los derechos son igualmente importantes; *b)* el planteamiento hubiera diferido del holístico, plasmado en el primer protocolo facultativo del PIDCP, y *c)* hubiera habido el riesgo de que los Estados optasen inicialmente por aceptar el procedimiento únicamente respecto de una gama indebidamente restringida de derechos.¹⁴⁰

De la misma manera: *a)* se hubiera promovido la existencia de una jerarquía entre los derechos económicos, sociales y culturales, en el sentido de que solo algunos de ellos, por su naturaleza,

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ “Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Ginebra, 4-8 de febrero y 31 de marzo-4 de abril 2008)...”, *cit.*, p. 26, párr. 217.

¹⁴⁰ “Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Commission on Human Rights on a draft optional protocol for the consideration of communications to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...”, *cit.*, p. 14, párr. 27.

podían ser justiciables; b) se hubiera dificultado una supervisión más eficaz del PIDESC en cuanto cada Estado podría obligarse respecto de diferentes derechos, y c) se hubiera producido un retroceso respecto de los avances en materia de exigibilidad judicial que se han logrado en las jurisdicciones nacionales.¹⁴¹

5.4. LA APROBACIÓN DEL TEXTO FINAL DEL PROTOCOLO FACULTATIVO

Al final de la discusión en la segunda parte del 5° periodo de sesiones del Grupo de Trabajo, la presidenta-relatora observó que no había objeciones para que se transmitiera al Consejo el texto del protocolo facultativo al PIDESC que había sido examinado.¹⁴² Sin duda, alcanzar un consenso sobre un texto de esta clase al final del mandato del Grupo de Trabajo representó un primer gran paso histórico de cara a la protección efectiva de todos los derechos humanos; a la vez, significó el reconocimiento de que cuando hay voluntad política, los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser exigidos en sede judicial o cuasijudicial a través de la elaboración de sus respectivas garantías.

Pese al avance que este protocolo facultativo representa, conviene reconocer que en el texto finalmente aprobado no se incluyeron algunos puntos importantes debido a la falta de acuerdo entre aquellos Estados como Canadá, Estados Unidos y Reino Unido, que hasta el último momento intentaron debilitar el instrumento, y los países africanos y latinoamericanos, junto a varios Estados asiáticos y europeos, que lo respaldaron decididamente. Así, “nos encontramos ante un texto de mínimos en el que quedan reflejadas las exigencias de numerosos Estados que han impuesto, para su incorporación al protocolo, un perfil bajo

¹⁴¹ Sepúlveda, Magdalena, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un llamado a la acción...”, *cit.*, pp. 268-273.

¹⁴² “Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Ginebra, 4-8 de febrero y 31 de marzo-4 de abril 2008)...”, *cit.*, p. 26, párr. 211.

en cuanto a la naturaleza y alcance de los diversos procedimientos descritos”.¹⁴³

De esta manera, los días de sesiones del Grupo de Trabajo siempre se caracterizaron por los encuentros y desencuentros entre los que apoyaban y se oponían al protocolo facultativo que, en términos generales, no tuvieron un impacto significativamente negativo sobre el texto redactado, gracias a la firme posición de los Estados que lo defendían, al apoyo e incidencia constante de una coalición mundial de organizaciones de la sociedad civil, y al compromiso y dedicación de la presidenta-relatora del Grupo de Trabajo para lograr el mejor resultado posible.

De la lectura de los distintos informes del Grupo de Trabajo se puede extraer que los Estados donde los derechos económicos, sociales y culturales han alcanzado un alto nivel de protección, como Suecia, han mostrado sus reticencias respecto del protocolo facultativo; y los Estados con menos capacidad económica han sido los más entusiastas, como es el caso del GRULAC. Por otra parte, las organizaciones de la sociedad civil han realizado un papel de incidencia fundamental para la adopción de dicho instrumento.

Por ello, considero importante destacar la creación de la Coalición Internacional de ONG por un protocolo facultativo del PIDESC, compuesta por individuos y organizaciones de todo el mundo, y cuyos miembros incluyen ONG internacionales, redes regionales, grupos de base, activistas y organizaciones sociales, que encabezó la *Campaña por la justicia internacional para víctimas de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales*.

Sus exigencias pueden resumirse en las siguientes: a) que el protocolo facultativo contenga por lo menos un procedimiento de comunicación y un procedimiento de investigación; b) que los procedimientos establecidos en el protocolo estén disponibles a las víctimas de violaciones de todos y cada uno de los derechos reconocidos en el PIDESC; c) que las violaciones a examinarse

¹⁴³ Quel López, F. Javier, “Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”..., *cit.*, p. 309, nota 8.

en el marco del protocolo facultativo del PIDESC se refieran a todos los niveles de obligaciones estatales; *d*) que tanto individuos como grupos de personas y organizaciones estén legitimados para presentar sus peticiones, y *e*) que no se permitan reservas a dicho instrumento.

La adopción del protocolo facultativo del PIDESC también contó con el apoyo de la titular del OACNUDH, Louise Arbour, quien en una declaración ante el Grupo de Trabajo el primer día de su 5° periodo de sesiones expresó su optimismo respecto de que el trabajo sobre el protocolo facultativo llegara a buen término. Enfatizó, además, que la aprobación de este instrumento constituiría un hito en la historia del sistema universal de derechos humanos, en el sentido de que marca un punto álgido de la gradual tendencia hacia un mayor reconocimiento de la indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos y una progresión que, de hecho, es simplemente una vuelta a la visión unificada de los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal hace más de medio siglo atrás.¹⁴⁴

Asimismo, señaló que el protocolo facultativo del PIDESC envía un poderoso e inequívoco mensaje acerca del igual valor e importancia de todos los derechos humanos y ayuda a refutar la idea de que los remedios legales o cuasijudiciales no son relevantes para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, expresó que este instrumento proporcionará un importante impulso para una renovada y mejor orientada atención hacia tales derechos.¹⁴⁵

Obviamente, debido a las posiciones opuestas entre los Estados que respaldan el protocolo facultativo del PIDESC y los que no, la aprobación de varios artículos importantes no se realizó hasta el final, y mediando algunas concesiones de unos y otros. En tal sentido, quedó claro que países como Australia, Canadá, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Holanda, Nueva Zelanda, Suecia,

¹⁴⁴ Statement by Ms. Louise Arbour, High Commissioner for Human Rights to the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Fifth session, Salle XII, Palais des Nations, lunes, 31 de marzo de 2008.

¹⁴⁵ *Idem.*

Suiza, Estados Unidos y Reino Unido se opusieron a la adopción del protocolo facultativo del PIDESC con un enfoque abarcador y trataron de debilitar el texto hasta el último momento, mediante la presentación de ciertas propuestas contrarias al espíritu garantista que debería tener tal instrumento.¹⁴⁶

Por ejemplo, Canadá, Australia, Dinamarca, Irlanda, Japón, Noruega, Polonia, Suiza, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Reino Unido exigieron criterios de admisibilidad adicionales, como la cuestión de la “desventaja significativa”, bajo el argumento de evitar que el Comité DESC se sobrecargue de trabajo con casos triviales y propiciar que pueda tener la discrecionalidad suficiente para decidir la admisión de casos verdaderamente importantes. Por su parte, Noruega propuso que se especificara el “carácter voluntario” de las solicitudes de medidas cautelares reconocidas en el artículo 5 para evitar que el Comité DESC interpretara, como lo han hecho el Comité DDHH y el CCT, que la negativa de un Estado parte a cumplir con una solicitud de medidas cautelares implica un incumplimiento de sus obligaciones emanadas del tratado, de cooperar de buena fe con el Comité DESC.¹⁴⁷

A su vez, Italia y Suiza insistieron en incluir en el texto la referencia al “margen de apreciación” o “margen de discreción”, lo cual no tiene precedentes en ningún tratado de derechos humanos en el marco del sistema de protección de la ONU, y que podría traer como consecuencia que los derechos económicos, sociales y culturales sean tratados de manera diferente, especialmente cuando se trata de los recursos disponibles para su realización. Y Noruega, que inicialmente respaldaba un enfoque abar-

¹⁴⁶ “Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Ginebra, 4-8 de febrero y 31 de marzo-4 de abril de 2008)...”, *cit.*, p. 18, párrs. 145-146. En lo que sigue, también se utiliza la información obtenida de las noticias sobre Protocolo Facultativo y la actualización diaria que la Coalición Internacional de ONG por un Protocolo Facultativo del PIDESC ha estado enviando regularmente vía correo electrónico a las ONG e individuos que de diversas maneras nos hemos sumado a la “Campaña por la justicia internacional para víctimas de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales”.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 19, párrs. 155-158.

cador del protocolo facultativo, al final cedió a las presiones de otros países y pasó a apoyar un “enfoque a la carta”.¹⁴⁸

En virtud de lo anterior, las disposiciones más discutidas y sobre las que no hubo acuerdo hasta el final fueron: a) el artículo 2, debido a las posiciones a favor y en contra de un enfoque abarcador o “a la carta”, respectivamente, y el cual finalmente hizo que el texto del protocolo facultativo transmitido al Consejo constituya una mezcla, ya que adopta un enfoque abarcador que incluye todos los derechos contenidos en la Parte II y III del PIDESC, pero deja fuera lo establecido en la Parte I; b) el artículo 5, a causa de la propuesta de referirse explícitamente al carácter voluntario de las solicitudes de medidas cautelares, lo que finalmente no se incluyó;¹⁴⁹ c) El artículo 8.4, debido a la inclusión de la referencia al “margen de apreciación” o “margen de discreción”, que tampoco fue considerada en el texto, y d) y el artículo 21, relativo a las cuestiones sobre si el protocolo facultativo del PIDESC debía guardar silencio respecto de las reservas, prohibirlas o permitir las explícitamente. Finalmente, se eliminó la prohibición de reservas sobre la base de que no se puede permitir ninguna reserva que sea incoherente con el objeto o fin del tratado, conforme a lo previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.¹⁵⁰

Superados los grandes obstáculos en el Grupo de Trabajo sobre la redacción de un protocolo facultativo, podemos señalar

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 4 y 18, párrs. 11 y 145. En particular, sobre la posición que debería asumir Noruega frente al recién adoptado protocolo facultativo, véase Evju, Stein, “Should Norway ratify the Optional Protocol to the ICESCR? -That is the question”, en *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27, núm. 1, edición especial: Perspectives on a New Complaint and Inquiry Procedure: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2009, pp. 82-90. En el mismo número puede consultarse una posición contraria a la planteada por Evju, Lorange Backer, “Ideals and Implementation: Ratifying Another Complaints Procedure? A Reply to Evju”, pp. 91-96.

¹⁴⁹ “Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Ginebra, 4-8 de febrero y 31 de marzo-4 de abril de 2008)...”, *cit.*, pp. 5-7, 9 y 17-20, párrs. 11, 31-44, 60-67, 145 y 158-161.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 10-12, 16, 20 y 25, párrs. 81-92, 130, 164-175 y 205.

que la adopción de un instrumento de este tipo tiene las siguientes ventajas: *a)* clarificará el alcance y contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, caso por caso; *b)* aplicará en la práctica la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993, en los que se confirmó la indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos humanos, garantizando que las víctimas de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tengan derecho a un recurso en el ámbito internacional, y *c)* supondrá un mayor estrechamiento de las relaciones entre el Comité DESC y los Estados parte.¹⁵¹

Asimismo, *d)* obligará al Comité DESC a examinar situaciones más concretas relacionadas con la aplicación del PIDESC; *e)* promoverá una aplicación más concertada del PIDESC en la esfera nacional; *f)* alentará a los titulares de derechos y a la sociedad civil a formular de manera más concreta y específica sus denuncias sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales; *g)* la dimensión de “interés humano” de los asuntos propiciará un mayor reconocimiento del PIDESC, y *h)* dará más legalidad, uniformidad, justicia y estabilidad para equilibrar la volatilidad de las fuerzas económicas y políticas en juego en el ámbito internacional.¹⁵²

Entre el 2 y 18 de junio de 2008, el Consejo de Derechos Humanos celebró su 8º periodo de sesiones. El 18 de junio acogió con satisfacción el informe del Grupo de Trabajo y la decisión de someter a su consideración el proyecto de protocolo facultativo del PIDESC, lo aprobó, y recomendó a la Asamblea General hacer lo mismo.¹⁵³

Es de destacar que, antes de aprobarlo, el Consejo decidió mejorar sustancialmente el proyecto transmitido por el Grupo de Trabajo, el cual limitaba la competencia del Comité DESC a

¹⁵¹ Las ventajas aquí expuestas fueron señaladas por las ONG en una declaración conjunta presentada ante el secretario general de la ONU, las cuales fueron recogidas en el ya citado Informe preparado por el secretario general en cumplimiento de la resolución 2003/18 de la Comisión..., *cit.*, pp. 14-15, párr. 41.

¹⁵² *Ibidem*, p. 15, párr. 41.

¹⁵³ Resolución del Consejo de Derechos Humanos 8/2, párrs. 1-2.

conocer sobre violaciones a los derechos consagrados en la Parte II y Parte III del PIDESC, de tal manera que el protocolo constituía una mezcla entre el enfoque restrictivo y el enfoque amplio. Así, el Consejo modificó y amplió el alcance de la competencia del Comité DESC a cualquiera de los derechos contenidos en el PIDESC; es decir, adoptó el enfoque amplio, como se puede observar en la tabla siguiente

<i>Texto adoptado por el Grupo de Trabajo</i>	<i>Texto adoptado por el Consejo</i>
<p>Art. 2. Comunicaciones. Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en las partes II y III del Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento.</p>	<p>Art. 2. Comunicaciones. Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento.</p>

Ese mismo año, el Consejo presentó su informe a la Asamblea General de la ONU¹⁵⁴ que, en su segunda sesión plenaria, llevada a cabo el 19 de septiembre de 2008, decidió incluirlo en el programa de su 63° periodo de sesiones bajo el tema titulado “Informe del Consejo de Derechos Humanos”. En su 34ª sesión plenaria, celebrada el 30 de octubre del mismo año, la Asamblea General decidió que el tema se examinaría en la Tercera Comi-

¹⁵⁴ Asamblea General, Informe del Consejo de Derechos Humanos, documentos oficiales, 63° periodo de sesiones, suplemento 53 (A/63/53), Nueva York, 2008, pp. 203-211.

sión, de quien esperaba analizara todas las recomendaciones del Consejo y tomara las medidas al respecto. La Tercera Comisión examinó el informe del Consejo en sus sesiones 32^a, 39^a, 40^a y 48^a, realizadas los días 31 de octubre y 11, 18 y 25 de noviembre de 2008.¹⁵⁵

En la 39^a sesión del 11 de noviembre, Portugal, en nombre de varios Estados,¹⁵⁶ presentó un proyecto de resolución titulado “Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (A/C.3/63/L.47), el cual fue aprobado por la Tercera Comisión en su 40^a sesión del 18 de noviembre, y acordó por consenso remitirlo a la Asamblea General para su examen en sesión plenaria el 10 de diciembre de 2008, recomendándole su aprobación.¹⁵⁷

Finalmente, el 10 de diciembre de 2008, la Asamblea General de la ONU, durante su 66^o periodo de sesiones, adoptó por consenso el protocolo facultativo al PIDESC que establece un procedimiento de quejas por violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, y recomendó que el instrumento quedara abierto a firma en una ceremonia que se celebraría en 2009.¹⁵⁸ De acuerdo con el artículo 17 del protocolo facultativo, este instrumento “estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado el Pacto, lo haya ratificado o se haya adherido a él”.

La ceremonia de firma se llevó a cabo el 24 de septiembre de 2009 en la sede central de la ONU en Nueva York, en la cual los si-

¹⁵⁵ Asamblea General, Informe de la Tercera Comisión, Relator: Khalid Alwafi (Arabia Saudita), 63^o periodo de sesiones, tema 58 del programa, A/63/435, 28 de noviembre de 2008, p. 1, párrs. 1-3.

¹⁵⁶ Albania, Alemania, Angola, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Benin, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chile, Colombia, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croacia, Cuba, Djibouti, Ecuador, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Etiopía, ex República Yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Gabón, Guatemala, Guinea-Bissau, Hungría, Italia, Marruecos, México, Montenegro, Panamá, Perú, Portugal, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Serbia, Timor-Leste, Uganda, Uruguay y Venezuela. Posteriormente, Bolivia, Burkina Faso, Cabo Verde, Honduras, Indonesia, Mongolia, Nicaragua, República Dominicana y Ucrania se sumaron a los patrocinadores del proyecto de resolución.

¹⁵⁷ Informe de la Tercera Comisión..., *cit.*, p. 2, párrs. 6-11.

¹⁵⁸ Resolución A/RES/63/117, párrs. 1-2.

guientes 20 Estados firmaron el protocolo facultativo: Argentina, Bélgica, Chile, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Gabón, Ghana, Guatemala, Holanda, Islas Salomón, Luxemburgo, Mali, Montenegro, Portugal, Senegal, Ucrania y Uruguay. El 31 de octubre de 2015, 45 Estados habían firmado el protocolo facultativo del PIDESC y 22 lo habían ratificado.¹⁵⁹

Este hecho representa un avance histórico en materia de derechos humanos y constituye la mejor manera de celebrar el 60° aniversario de la Declaración Universal y el 15° aniversario de la Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos. 42 años después de que se adoptara un mecanismo similar para la protección de los derechos civiles y políticos consagrados en el PIDCP, el protocolo facultativo del PIDESC es consistente con las disposiciones de la Declaración Universal y constituye un paso fundamental para hacer efectiva la afirmación de que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y que están relacionados entre sí.

Para la Coalición de ONG para un Protocolo Facultativo del PIDESC y la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la adopción de este instrumento resulta especialmente significativa, ya que permite que las víctimas de violaciones a sus derechos económicos, sociales y culturales ahora cuenten con un mecanismo internacional que les brinde la posibilidad de acceder a recursos efectivos para exigir reparación por dichas violaciones. Además, consideran que el protocolo facultativo es el resultado de la cooperación, el consenso y las concesiones de todos y que expresa el compromiso de los Estados con el desarrollo de instrumentos efectivos para las víctimas de violaciones a estos derechos. No obstante, también señalan que son “conscientes de la necesidad de que los Estados traduzcan sus compromisos orales en realidades concretas”.¹⁶⁰

¹⁵⁹ El estatus de las firmas y ratificaciones disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&clang=_en

¹⁶⁰ Declaración de la Coalición de ONG para un Protocolo Facultativo del PIDESC y la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 10 de diciembre de 2008, disponible en http://www.escr-net.org/news/news_show.htm?doc_id=692563&attribLang_id=13441

5.5. CONCLUSIONES

La adopción del texto definitivo del Protocolo Facultativo del PIDESC representa un logro muy importante en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Es significativo que por consenso se haya acordado entregar el texto al Consejo para su aprobación, y que tanto ahí como en la Asamblea General se haya adoptado este instrumento sin mayores inconvenientes. Evidentemente, el texto aprobado no llena todas las expectativas de justicia que se plantearon inicialmente, pero después de tantos años de negociaciones, avances y retrocesos para llegar hasta este punto, el acuerdo implica un paso fundamental para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones de sus derechos económicos, sociales y culturales.

De ahí que con la adopción de este protocolo se permitirá:

- a) fortalecer la vigencia y protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante el acceso de individuos y grupos a recursos internacionales que les permitan obtener reparación por las violaciones a sus derechos cometidas por un Estado parte;
- b) establecer jurisprudencia en cada país sobre estos derechos y, en ese sentido, contribuir a fortalecer la concepción de los derechos contenidos en el PIDESC como derechos subjetivos plenamente justiciables;
- c) reafirmar el principio de universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia de todos los derechos humanos que más de 170 Estados ratificaron en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena.
- d) Incrementar la conciencia ciudadana sobre estos derechos y una auditoría social más efectiva sobre las obligaciones estatales en la materia, lo cual les daría mayor relevancia en el ámbito nacional e internacional y proporcionaría una plataforma pública para que sean conocidas las denuncias y peticiones de las víctimas;
- e) avanzar notablemente en identificar y aclarar las obligaciones de los Estados parte derivadas del PIDESC, tal como ha venido sucediendo con el PIDCP después de la entrada en vigor de su protocolo, y

- f) fortalecer la base que se ha establecido en el protocolo facultativo para que unos Estados puedan asistir a otros en la protección y promoción de los derechos reconocidos en el PIDESC, mediante la cooperación y la asistencia internacional (art. 14).

Así, la implementación del protocolo facultativo: a) permitirá que en el marco de las denuncias de particulares, la discusión sobre los derechos pase del análisis de principios abstractos a casos concretos, contribuyendo al consenso más claro sobre el significado de las obligaciones contenidas en el PIDESC; b) potenciará a la sociedad civil en su trabajo de interpretación de las leyes, a través de las vidas y experiencias de individuos concretos, y c) fomentará el desarrollo y la utilización de los mecanismos nacionales para hacer frente a quejas de los ciudadanos, con lo cual, al necesitar el agotamiento de los recursos internos para activar la competencia del Comité DESC, los individuos y los grupos aprenderán acerca de los límites y posibilidades para exigir la atención a sus derechos económicos y sociales en su contexto nacional.¹⁶¹

La importancia de este paso histórico radica en que no hay ningún otro texto convencional en el ámbito internacional que garantice la protección de los derechos económicos, sociales y culturales sociales como el PIDESC, por lo que la adopción y posterior entrada en vigencia de su protocolo facultativo permitirá a las víctimas someter a escrutinio cuasijudicial la falta de cumplimiento estatal de las obligaciones en esta materia.

En tal sentido, la adopción del protocolo facultativo por la Asamblea General de la ONU implica el reconocimiento, por parte de la comunidad internacional, de que los derechos contenidos en el PIDESC son tan exigibles como los reconocidos en el PIDCP. Por tanto, se fortalece en la práctica la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos proclamada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968, y reafirmada por la ya mencionada Conferencia Mundial de Viena.

¹⁶¹ Simmons, Beth A., "Should States ratify? Process and consequences of the Optional Protocol to the ICESCR", en *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27..., *cit.*, pp. 68-69.

Evidentemente, el hecho de que se haya adoptado el Protocolo Facultativo del PIDESC no implica el final del proceso, dado que todavía hay que esperar a que el texto entre en vigor mediante su ratificación por parte de diez Estados (art. 18); y es posible que los Estados que se han opuesto o no han manifestado mayor interés en él no lo ratifiquen o, al menos, tarden muchos años en hacerlo, como lo demuestran algunas experiencias con los protocolos facultativos de otros tratados de derechos humanos, y que, a la larga, restan universalidad a la protección de los derechos en ellos contenidos.¹⁶²

Paradójicamente, la mayoría de los Estados que se ha opuesto al protocolo facultativo son ricos y desarrollados y, en mayor o menor medida, han logrado garantizar los derechos económicos, sociales y culturales a sus ciudadanos; mientras que la mayoría de Estados que lo han apoyado forman parte de los países en vías de desarrollo que, hasta el momento, no han sido capaces de garantizar estos derechos a las personas sujetas a su jurisdicción.

Por el apoyo decidido que estos últimos han dado al protocolo facultativo, es posible que sean los primeros en ratificarlo, con lo cual es probable que pronto nos encontremos con un panorama en que el Comité DESC recibirá un elevado número de comunicaciones individuales que denuncian la violación de un derecho económico, social o cultural por parte de estos países, que *prima facie* no tienen la capacidad para garantizarlos efectivamente.¹⁶³

¹⁶² Por ejemplo, el primer protocolo facultativo del PIDCP, que otorga al Comité de Derechos Humanos competencia para examinar las denuncias de los particulares, fue abierto a firma y ratificación el 9 de diciembre de 1966, y entró en vigor hasta el 23 de marzo de 1976; es decir, diez años después. Hasta el momento, de los 167 Estados parte en el PIDCP, 115 también son parte de su primer protocolo facultativo. Si analizamos el proceso de ratificación del mismo, observamos que, entre 1968 a 1970, solo cuatro países habían ratificado este protocolo; entre 1971 a 1980, 19 Estados; entre 1981 a 1990, 28; entre 1991 a 2000, 48; y, entre 2001 hasta el 31 de julio de 2011, 16 países.

¹⁶³ Como ya lo apuntamos, dos Estados en vías de desarrollo, Ecuador y Mongolia, fueron los dos primeros en ratificar el protocolo facultativo del PIDESC.

De cualquier manera, hay quienes sostienen que en lugar de una avalancha de quejas, lo que se espera es un flujo constante y limitado de casos que le dará una nueva vida al PIDESC, y abrirá una nueva etapa en la afirmación de la igualdad de todos los derechos humanos, convirtiendo a los derechos económicos, sociales y culturales en “derechos reales o verdaderos”; es decir, herramientas para el empoderamiento de las personas y la justicia.¹⁶⁴

Sin duda, la exigibilidad jurídica es un mecanismo fundamental para lograr la reparación de un derecho que ha sido transgredido. Sin embargo, no se puede caer en el error de un “legalismo absoluto”, en el sentido de sobrevalorar al derecho como la única herramienta para lograr “el ideal del ser humano libre, liberado del temor y la miseria”, ya que por sí solo, no es suficiente para proteger de manera efectiva los derechos humanos, sobre todo los de carácter económico, social y cultural.¹⁶⁵

Así que, aunque la ratificación y entrada en vigor del protocolo facultativo del PIDESC permita la configuración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos, este mecanismo no puede considerarse como el único medio para garantizar las diversas formas en que se manifiestan las exigencias que contienen tales derechos, pues si así fuera, se limitaría su carácter emancipatorio y su efecto movilizador de las fuerzas sociales y políticas para lograr el pleno desarrollo de la dignidad humana, “la libertad, la justicia y la paz en el mundo”.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Scheinin, Martin y Langford, Malcolm, “Evolution or Revolution? Extrapolating from the Experience of the Human Rights Committee...”, *cit.*, p. 113.

¹⁶⁵ Rosas, Allan y Scheinin, Martin, “Implementation Mechanisms and Remedies”, en Asbjørn, Eide, Krause, Catarina y Rosas, Allan (eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook*, 2ª ed. rev., Boston-Londres-Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 425-426.

¹⁶⁶ Aunque se debe reconocer que la ley es a menudo el único instrumento que las víctimas de violaciones de los derechos humanos tienen a su disposición, y de la calidad de este instrumento dependerá en gran medida la eficacia y la competencia de los órganos de vigilancia que tienen que hacer cumplir y proteger esos derechos, en Langa, Pius, “Taking Dignity seriously. Judicial Reflections on the Optional Protocol to the ICESCR”, en *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27..., *cit.*, p. 38.

Por tanto, la entrada en vigor del protocolo facultativo del PIDESC debe ser entendida como *uno* de los tantos mecanismos que puede permitir asegurar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Lo primordial radica en que las personas, individualmente u organizadas, no permanezcan pasivas ante la creencia de que la existencia de tales derechos se resume simplemente en un deber a cargo del Estado, que debe orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece,¹⁶⁷ sino que jueguen un papel protagónico en la transformación de las situaciones que producen la intolerable desigualdad que caracteriza a nuestras sociedades.¹⁶⁸

En este orden de ideas, es fundamental promover una conciencia política que sitúe a las personas y a los grupos de la sociedad civil como titulares de los derechos económicos, sociales y culturales, “y no simplemente como objetos focalizados de políticas públicas de combate a la pobreza, más o menos extensas o complementarias”.¹⁶⁹

De ahí que, aunque el protocolo facultativo colma en gran medida la histórica ausencia de garantías de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito internacional, resultará

¹⁶⁷ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, punto 3.

¹⁶⁸ Como lo señala Barcellona, la experiencia de estas últimas décadas nos dice, sin embargo, que el reconocimiento normativo de los DESC no basta si no está apoyado “por una continua movilización democrática y por la construcción de nuevas estructuras de poder arraigadas en la sociedad y capaces de realizar un control difuso [...]. En realidad, la estrategia de los derechos tiene el riesgo de crear únicamente expectativas engañosas. Pues no basta transformar las expectativas en derecho si no se modifican las condiciones práctico-materiales que determinan las necesidades y al mismo tiempo definen los ámbitos y los tipos de acción. En todos estos casos no se puede sustituir con una política de derechos la falta o la inadecuación de una reforma de la ciudad y del proceso de trabajo, etc.”, en Barcellona, Pietro, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 50 y 107.

¹⁶⁹ Concha, Miguel, “La izquierda social y los DESC”, en AA.VV., *La dimensión política de los derechos económicos, sociales y culturales. Una invitación al debate*, México, Terre des Hommes France-REMISOC, 2006, p. 34.

[i]ncompleto, irrealista y en última instancia, fútil, sin la existencia y permanente promoción de múltiples y robustos espacios ciudadanos en condiciones de *garantizar socialmente* la eficacia de las aludidas garantías institucionales y de conjurar su ya probada tendencia a la autoprogramación. Sin una clara identificación de las obligaciones y de los sujetos obligados, los derechos pierden toda su fuerza reivindicativa. Pero los obligados, a su vez, solo son concebibles si existen actores capaces de obligar.¹⁷⁰

De esta manera, el éxito del protocolo facultativo al PIDESC en su objetivo de revitalizar y concretar la visión de un sistema unificado de los derechos humanos y de recursos eficaces, requiere del compromiso de los tres actores principales: los Estados parte, las personas o grupos de personas que presenten las comunicaciones, y el propio Comité DESC. Esta visión implica reconocer que con este instrumento se afirma el principio de la igualdad sustantiva de las personas, cuyos derechos económicos, sociales y culturales fueron marginados y discriminados de la protección judicial o cuasijudicial con su consecuente reparación en caso de violación.¹⁷¹

Por todo ello, los Estados parte en el PIDESC deberían ratificar el protocolo facultativo como una forma de asumir un mayor compromiso con la dignidad de las personas, dándole al Comité DESC la autoridad para realizar recomendaciones sobre las quejas de los individuos, asumiendo que el mecanismo de comunicaciones constituye un complemento importante para el diálogo entre el Comité DESC y los Estados parte.¹⁷²

¹⁷⁰ Pisarello, Gerardo, “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”, en Abramovich, Víctor; Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Ediciones Coyoacán, 2003, p. 45.

¹⁷¹ Porter, Bruce, “The reasonableness of article 8(4). Adjudicating claims from the margins”, en *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27..., *cit.*, pp. 43 y 53.

¹⁷² Simmons, Beth A., *op. cit.*, pp. 65 y 68.

VI. El papel de los derechos económicos, sociales y culturales en las democracias latinoamericanas

6.1. MARCO TEÓRICO-NORMATIVO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA CONCEPCIÓN INTERAMERICANA DE DEMOCRACIA

En la cultura jurídico-política contemporánea, la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos se han constituido en los elementos esenciales de legitimación y deslegitimación de cualquier poder, y entre ellos mantienen una relación triádica que les permite a cada uno definirse, completarse y adquirir sentido en función de los otros;¹ por ello, es muy difícil encontrarnos con algún gobierno que no se autodefina como democrático, y que no contemple dentro de su discurso y sus prioridades —aunque sea de manera formal— la defensa de los derechos humanos de la población sujeta a su jurisdicción.

El Estado de derecho se caracteriza por ser un sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio estatal del uso de la fuerza, con el objetivo de suprimir o al menos disminuir la violencia en las relaciones interpersonales; y la democracia es caracterizada como una técnica de convivencia orientada a la solución no violenta de los conflictos. Por tanto, en un Estado democrático de derecho no debería existir otra violencia legal

¹ Corte IDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías...*, *cit.*, párr. 26.

que aquella mínima necesaria para prevenir formas de violencia ilegales más graves y vejatorias.²

De ello se desprende que el fin primordial del derecho es limitar y vincular al poder —público y privado— para garantizar la inviolabilidad de la dignidad humana, razón por la cual se ha sancionado en la mayoría de constituciones latinoamericanas: *a*) que todos y todas debemos estar sometidos a la Constitución y a las leyes (imperio de la ley); *b*) que la mejor manera de equilibrar la fuerza de los poderes públicos y evitar el absolutismo es mediante su división y control mutuo (separación de poderes); *c*) que las actuaciones de la administración pública deben ser acordes con la legalidad y sometidas a control judicial (legalidad de la administración), y *d*) que el respeto y realización de los derechos humanos son la garantía para la protección de la persona como fin supremo de la sociedad y el Estado.

La inclusión de los derechos humanos en las cartas constitucionales latinoamericanas ha permitido que se constituyan en elementos vinculantes que condicionan las decisiones adoptadas en el marco del proceso democrático, favoreciendo de esta forma la comprensión de la democracia como un régimen político que permite el desarrollo pacífico de las transformaciones sociales e institucionales. En este sentido, la democracia legitima el cambio a través del disenso mediante la reducción de la violencia y la limitación del poder absoluto. Por ello, la “democracia no es capaz de defenderse a sí misma salvo que incremente sus capacidades de reducir la injusticia y la violencia”.³

Así como la democracia garantiza las luchas por los derechos humanos, estas garantizan a su vez la democracia; la primera ofrece a las otras los espacios y los instrumentos jurídicos, y las segundas aseguran a los derechos y a la democracia los instrumentos sociales de tutela efectiva y fomentan su desarrollo y su realización; además, se constituyen en una forma de democracia política que se desarrolla paralelamente a la institucional y representativa, permitiendo que el debate político también salga de las

² Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho... cit.*, pp. 91-92.

³ Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Mauro Armión, Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1994, pp. 132 y 136.

paredes de los parlamentos, y que la participación de los titulares de los derechos se vuelva más directa. De esta manera se puede ejercer un mayor control de las decisiones parlamentarias para orientar a los poderes públicos a la plena satisfacción de todos los derechos humanos reconocidos constitucionalmente, además de los tratados internacionales ratificados por los Estados.⁴

Esta tensión constante entre el poder político representado en el Estado y el poder social identificado con el ejercicio de los derechos humanos, hace que advirtamos que tanto la “democracia representativa” como la “democracia directa” no son dos formas alternativas de participación, sino que están interrelacionadas entre sí y se enriquecen mutuamente. A falta de la primera, la segunda “puede valerse de un consenso vacío y pasivo y se halla expuesta a todas las aventuras y perversiones posibles”; a falta de la segunda, la primera “está destinada a replegarse sobre sí misma, reproduciendo en su interior las formas de la representación y sucumbiendo a largo plazo por defecto de garantías jurídicas y políticas”.⁵ Por ello es que cuando falta la presión de los sectores sociales y la crítica pública, la democracia se transforma en oligarquía.⁶

⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *cit.*, ambas citas textuales corresponden a las pp. 946-947. El orden jurídico de una sociedad que se precie democrática solo se realiza y justifica si garantiza las condiciones para el respeto y protección de los derechos humanos, ya que su protección es un propósito básico de dicho orden, y a su vez, “el ejercicio efectivo de la democracia contribuye decisivamente para la observancia y garantía de los derechos humanos, y la plena vigencia de estos caracteriza en último análisis al Estado de derecho”, en Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de derecho”, en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, año 1, vol. 1, núm. 1, 1999, p. 20.

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, ambas citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 947-948.

⁶ Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?...*, *cit.*, pp. 52 y 203. “La democracia nunca se reduce a procedimiento o incluso a instituciones; es la fuerza social y política que lucha por transformar el Estado de derecho en un sentido que corresponda a los intereses de los dominados [...] La democracia no triunfa cuando la acción política prevalece sobre la lucha social, sino, en el caso contrario, cuando el actor de clase es definido lo bastante positivo como para ordenar la acción política y para legitimar su acción en

De este modo, la garantía de los derechos humanos se asegura tanto en el ámbito de las decisiones parlamentarias (democracia representativa) como en el ámbito de la lucha social (democracia directa). Aunque este modelo de democracia sea imperfecto y difícil por definición, lo más importante es que es un modelo perfeccionable en cuanto está anclado de forma permanente en la voluntad y las necesidades vitales de las personas.⁷ Por ello, la democracia se puede concebir como un proceso siempre abierto, institucionalizado jurídicamente en el Estado de derecho, en el que los sujetos pueden participar: *a)* en las decisiones jurídico-políticas, lo que también implica una participación en el tejido social, y *b)* en los resultados “medidos tanto en consecuencias más directamente económicas como en reconocimiento de derechos y libertades de muy diferente índole”.⁸

En el ámbito internacional, la interacción entre democracia y derechos humanos se fundamenta en tres ejes principales:

- a)* el de su formulación en términos jurídicos, lo cual plantea la configuración de un derecho a la democracia, cuya naturaleza sería de tipo colectivo y procesal y, en este sentido, se identificaría especialmente con los derechos políticos, que al asegurar la participación por igual de todos los miembros de la sociedad se constituyen en un medio para la consecución del respeto de los demás derechos humanos.
- b)* El de sus vínculos inherentes, que conduce a definir la democracia mediante aquellos derechos que deben formar parte de ella. Aunque tradicionalmente se ha considerado que solo los derechos civiles y políticos son esenciales para la democracia, en virtud del principio de indivisibilidad los derechos económicos, sociales y culturales también juegan un papel importante en los procesos democráticos, ya que es evidente que la falta de acceso a una serie de recursos básicos genera una inesta-

términos de derechos fundamentales y de construcción de nueva ciudadanía”.

⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 948.

⁸ Díaz, Elías, “Estado de derecho y democracia...”, cit., p. 207.

bilidad política con claros efectos negativos sobre dicho proceso.

- c) Y finalmente, el de su operatividad real, lo cual implica preguntarse si la democracia puede ser impuesta, considerando que es posible que el propio proceso democrático no sea suficiente para garantizar el respeto de los derechos humanos, pues una sociedad podría rechazar a través de las elecciones la defensa de ciertos derechos o incluso la destrucción de la propia democracia.⁹

Para los efectos de este capítulo, solo se analizará el segundo de estos ejes en el sentido de determinar qué derechos son necesarios para hablar de una verdadera democracia y cuál es la posición de los órganos interamericanos al respecto. La importancia de esta cuestión para la región latinoamericana radica en que existe un triángulo de democracia, pobreza y desigualdad, en cuyo escenario cohabitan las libertades políticas junto con las severas privaciones materiales de un alto porcentaje de la población, lo cual pone en grave riesgo la gobernabilidad democrática.¹⁰ En este sentido:

[...hay] una relación orgánica entre la violación de los derechos a la seguridad física, por una parte, y el descuido de los derechos económicos y sociales y la supresión de la participación política, por otra. Y esa relación, según se ha puesto de manifiesto, es, en gran medida, una relación de causa y efecto. En otras palabras, el descuido de los derechos económicos y sociales, especialmente cuando se ha suprimido la participación política, produce la clase de polarización social que conduce, a su vez, a actos de terrorismo por y contra el Gobierno [...] La desatención de los derechos económicos y sociales es otra causa, aunque más difusa y problemática, de la violencia y los conflictos sociales.¹¹

⁹ Úbeda de Torres, Amaya, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Reus, 2007, pp. 48-50.

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

¹¹ CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980...*, cit., cap. VI.

A pesar del argumento anterior, generalmente se ha reconocido que los derechos civiles y políticos son elementos imprescindibles para el desarrollo del proceso democrático y, en cambio, a los derechos económicos, sociales y culturales se les ha considerado complementarios, pero no indispensables, aunque se admita la necesidad de promoverlos para facilitar la participación política.

La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que pese al constante reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como base y sustento de la dignidad humana, el trabajo de los órganos interamericanos:

[...] se ha centrado desde el comienzo de sus actividades en los derechos políticos y civiles. Existe una lógica en este proceder que puede ser encontrada en el fundamento mismo de la concepción que, acerca de la democracia representativa, esos derechos civiles y políticos condensan. En efecto, las garantías individuales y políticas que la vigencia de esos derechos tiende a asegurar, incluían como supuesto esencial que los beneficios derivados de dicha vigencia se reflejarían en el ámbito económico, social y cultural. En otras palabras, se consideraba que un orden político de democracia representativa, por su propia naturaleza, debía traducirse en mejoras sustantivas en la calidad de vida de la gran mayoría, sino la totalidad, de la población. El trabajo, la salud, la educación, la vivienda adecuada, etc., fluirían necesaria y naturalmente como resultado de la preservación de ciertas garantías individuales y de la vigencia de instituciones democráticas. Lo que la experiencia reciente de América Latina y el Caribe en general, y de la Comisión en especial ha permitido revelar, sin embargo, es que no existe esa relación automática y necesaria entre la vigencia de los derechos civiles y políticos y la satisfacción de las necesidades básicas de importantes sectores de la población.¹²

Bajo estos parámetros, en nuestro continente muchos Estados son catalogados como democráticos por asegurar formalmente el respeto de la libertad de expresión, la libertad de elegir y ser electo, la libertad de tránsito, etc., pese a que un elevado

¹² *Ibidem*, cap. V, II, párrs. 1-2.

porcentaje de su población vive bajo la línea de la pobreza y no tiene una capacidad real para participar e incidir en igualdad de condiciones que el resto de la población en el proceso democrático. En este sentido, nuestra historia regional nos ha enseñado que no puede haber democracia ni desarrollo sin una lucha activa contra las desigualdades socioeconómicas, y ello implica que la democratización impone “una intervención política, una gestión concertada de cambios económicos y sociales y, sobre todo, una firme voluntad de dar prioridad a la lucha contra las desigualdades que destruyen la sociedad nacional”.¹³

En términos normativos, la relación entre democracia y derechos humanos se concreta y desarrolla en América mediante la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos, la Carta de Garantías Sociales, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y otros instrumentos interamericanos relevantes.¹⁴ Así, la Declaración Americana reconoce que el alcance de los derechos está limitado por los derechos de los demás y por las justas exigencias del desenvolvimiento democrático (art. XXVIII), y establece el derecho de toda persona a elegir y ser electo mediante elecciones genuinas, periódicas y libres (art. XX). Es importante destacar que este instrumento, al incluir todos los derechos humanos —los civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales— proclama el ideal de construir una “democracia solidaria” en el continente americano.¹⁵

Haciendo eco de lo anterior, la Convención Americana reafirma el propósito de consolidar en el continente “dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad

¹³ Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?...*, cit., pp. 391-393.

¹⁴ Sin restarle valor al importante precedente del Tratado Interamericano de Resistencia Recíproca de 1947 que en su penúltimo párrafo de su preámbulo ya señalaba “[...] que la paz se funda en la justicia y en el orden moral y, por tanto, en el reconocimiento y la protección internacionales de los derechos y libertades de la persona humana, en el bienestar indispensable de los pueblos y en la efectividad de la democracia, para la realización internacional de la justicia y de la seguridad”. (las cursivas son nuestras)

¹⁵ Úbeda de Torres, Amaya, *Democracia y derechos humanos...*, cit., p. 214.

personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (preámbulo, párr. 1) y enuncia los derechos políticos de las personas como expresión de su participación en los procesos democráticos (art. 23); a su vez, establece que dicho instrumento no puede ser interpretado en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” (art. 29.c), y que los derechos de cada uno “están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (art. 32.2).

Evidentemente, el factor social tiene un lugar muy importante en el ideal democrático interamericano, lo cual se reafirma con la adopción del Protocolo de San Salvador en el que se sostiene la necesidad de desarrollar, perfeccionar y proteger los derechos económicos, sociales y culturales “en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno” (preámbulo, párr. 6).

Por su parte, la Carta de Garantías Sociales establece que es una exigencia para los regímenes democráticos “garantizar simultáneamente el respeto a las libertades políticas y del espíritu y la realización de los postulados de la justicia social” (preámbulo, párr. 4). Finalmente, la Carta de la OEA y sus reformas contienen varias referencias importantes a la democracia, tales como que “la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”, y que el verdadero sentido “de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (preámbulo, párrs. 3-4).

Este instrumento constitutivo de la OEA establece dentro de sus propósitos esenciales promover y consolidar la democracia representativa, erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático (art. 2.b y g); también insta como principio que la solidaridad americana requiere

la organización política de los Estados sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa (art. 3.d).

Es importante destacar que la relación establecida entre el principio democrático y la eliminación de la pobreza constituye un rasgo distintivo de la noción de democracia incluida en la Carta de la OEA,¹⁶ lo cual es fundamental para reconocer la esencialidad del papel de los derechos económicos, sociales y culturales en una región marcada por la desigualdad y la exclusión social. Tal como lo ha señalado Diego García Sayán:

La democracia es el sistema de gobierno y de organización del Estado y de la sociedad que posibilita el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Con esta percepción, la vocación por la justicia social encuentra pleno sentido y coherencia con la democracia, que supone, por definición, que nadie esté excluido, lo que incluye la lucha frontal contra la pobreza y la extrema pobreza.¹⁷

Por último, nos encontramos con la Carta Democrática Interamericana, adoptada en Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001 durante el 28° periodo extraordinario de sesiones de la OEA. A pesar de su nombre, este instrumento interamericano tiene el carácter de una declaración de la Asamblea General, no obstante, representa el documento más completo en esta materia y recoge las tendencias y evoluciones que ha experimentado el principio democrático en el marco de la OEA. Consta de un preámbulo y 28 artículos diseminados a lo largo de 6 capítulos.

El capítulo 1 desarrolla la relación entre la democracia y el Sistema Interamericano; el 2 la relación entre la democracia y los

¹⁶ Se debe resaltar que en varias declaraciones como la *Declaración de Asunción* (1991), la *Declaración de Nassau* (1992), la *Declaración de Managua* (1993), la *Declaración de Montrouis* (1995), la *Declaración de Florida* (2005), se reafirma la importancia de la relación entre democracia y derechos humanos, así como la necesidad de adoptar medidas destinadas a promover el desarrollo integral y la lucha contra la pobreza, con lo cual se dota al principio democrático de una visión social y no solo instrumental.

¹⁷ “Discurso del Ministro de Relaciones Exteriores del Perú”, en *Carta Democrática Interamericana. Documentos e interpretaciones*, Washington, DC, OEA, 2003, p. 111.

derechos humanos; el 3 se refiere a la democracia, el desarrollo integral y el combate a la pobreza; el 4 al fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática; el 5 la democracia y las misiones de observación electoral; y finalmente, el capítulo 6 se refiere a la promoción de la cultura democrática. No es propósito de este trabajo analizar todos los capítulos, solamente aquellas partes que tengan mayor relación con los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁸

En el preámbulo de la Carta Democrática Interamericana la Asamblea General reafirma la relación intrínseca entre democracia y derechos humanos, y destaca la importancia de ciertas condiciones relativas a los derechos económicos, sociales y culturales para garantizar la gobernabilidad democrática. En este sentido, sostiene que “el crecimiento económico y el desarrollo social basados en la justicia, la equidad y la democracia son interdependientes y se refuerzan mutuamente”; “que la lucha contra la pobreza, especialmente la eliminación de la pobreza crítica, es esencial para la promoción y consolidación de la democracia, y constituye una responsabilidad común y compartida de los Estados americanos”; “que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia”.

Este instrumento también señala “que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, reconociendo la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la consolidación de la democracia”; “que la educación es un medio eficaz para fomentar la conciencia de los ciudadanos con respecto a sus propios países y, de esa forma, lograr una participación significativa en el proceso de toma de decisiones, y reafirmando la importancia del desarrollo de los recursos humanos para lograr un

¹⁸ Para un análisis general de la Carta Democrática Interamericana véase Ayala Corao, Carlos y Nikken Bellshaw-Hógg, Pedro, *Defensa colectiva de la democracia: definiciones y mecanismos*, Lima, Comisión Andina de Juristas-The Carter Center, 2006.

sistema democrático y sólido”; y “que un medio ambiente sano es indispensable para el desarrollo integral del ser humano, lo que contribuye a la democracia y la estabilidad política”.

Y finalmente, la Carta Democrática establece “que el Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales resalta la importancia de que tales derechos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar el régimen democrático representativo de gobierno”, y “que el derecho de los trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos”.

Un aspecto importante a resaltar es que la Carta Democrática reconoce el derecho a la democracia de los pueblos americanos y la obligación de sus gobiernos de promoverla y defenderla, dado que es esencial para el desarrollo social, político y económico de dichos pueblos (art. 1).¹⁹ A su vez, se definen los “elementos esenciales de la democracia representativa” y “los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia”. De acuerdo con el artículo 3, tales *elementos* son: *a*) el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; *b*) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; *c*) la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; *d*) el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y *e*) la separación e independencia de los poderes públicos. A su vez, el artículo 4 establece que los *componentes* de su ejercicio son: *a*) la transparencia de las actividades gubernamentales; *b*) la probidad; *c*) la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, y *d*) el respeto por los derechos económicos, sociales y culturales, y la libertad de expresión y de prensa.

Este instrumento señala que uno de los elementos esenciales de la democracia lo constituye el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, no obstante, no define a qué de-

¹⁹ Para un análisis sucinto acerca del derecho a la democracia en América, véase Muñoz, Heraldo y D'Leon, Mary, “The right to democracy in the Americas”, en *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, vol. 40, núm. 1, 1998, pp. 1-18.

rechos humanos se refiere. Por ello, es imprescindible remitirse a la Declaración Americana, a la Convención Americana y sus protocolos, y a los demás instrumentos interamericanos sobre la materia. Bajo estos parámetros, la violación de los derechos humanos contenidos en estos instrumentos —incluidos los económicos, sociales y culturales— representaría una afectación a la esencia de la democracia. Sin embargo, dicha violación no debe ser singular —pues para esos casos están los procedimientos ante la CIDH y la Corte IDH— sino que debe corresponder a una situación sistemática y generalizada.

Hay quienes consideran que no todas las violaciones de los derechos humanos pueden situarse en igual rango, sino solo aquellas que corresponden a un núcleo duro de derechos en virtud de lo establecido en el artículo 27 de la Convención Americana, y en el artículo 20 del Estatuto de la CIDH. En ese sentido, solo constituirían una afectación a la esencia de la democracia la violación sistemática y generalizada del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); el derecho a la vida (art. 4); el derecho a la integridad personal (art. 5); la prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6); el principio de legalidad y de retroactividad (art. 9); la libertad de conciencia y de religión (art. 12); la protección a la familia (art. 17); el derecho al nombre (art. 18); los derechos del niño (art. 19); el derecho a la nacionalidad (art. 20) y los derechos políticos (art. 23), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos, consagrados en el Pacto de San José; y el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (art. I); el derecho de igualdad ante la ley (art. II); el derecho de libertad religiosa y de culto (art. III); el derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (art. IV); el derecho de justicia (art. XVIII); el derecho de protección contra la detención arbitraria (art. XXV); y el derecho a proceso regular (art. XXVI), contenidos en la Declaración Americana.²⁰

²⁰ Nikken Bellshaw-Hógg, “Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana”, en Ayala Corao, Carlos y Nikken Bellshaw-Hógg, Pedro, *Defensa colectiva de la democracia...*, cit., pp. 42-43.

En mi opinión, esta posición nos confirma que a pesar de la retórica sobre la indivisibilidad de todos los derechos humanos, las violaciones a los derechos civiles y políticos siguen siendo tratadas como si fueran mucho más graves y más intolerables que la masiva negación de los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro continente. Por tanto, si *tomamos en serio* el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, y teniendo en cuenta la realidad de exclusión social y desigualdad de nuestra región, no hay razón para negar que la muerte por hambre, la falta de acceso a la educación básica o a los servicios de salud primarios de amplios porcentajes de la población, constituyen una afectación a la esencia misma de la democracia, sobre todo porque la violación de los derechos económicos, sociales y culturales se da en un marco estructural de generalidad y sistematicidad.

La indivisibilidad de los derechos humanos es recogida por la propia Carta Democrática en su artículo 7, al establecer que:

La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

Tomando en cuenta además que en los últimos años se ha venido consolidando un nuevo constitucionalismo latinoamericano donde se establece un reconocimiento pleno —tanto a nivel normativo como de exigibilidad judicial— e igual jerarquía de los derechos humanos, y se fortalece la importancia práctica del principio de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos ellos,²¹ ya no es posible seguir manteniendo la concepción de unos derechos más fundamentales —civiles y políticos— que otros —económicos, sociales y culturales— de cara a la gobernabilidad democrática y a la consolidación del Estado de derecho.

²¹ Noguera Fernández, Albert, “¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo”, en *Revista Derechos y Libertades*, época II, núm. 21, jun, 2009, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Madrid, pp. 131-137.

Por tanto, el ejercicio de los derechos políticos y la existencia de amplias libertades de expresión, asociación y reunión son elementos esenciales del régimen democrático de gobierno; pero esta visión hemisférica se completa “con el necesario desarrollo y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, sin cuya adecuada vigencia el ejercicio de los derechos políticos resulta severamente limitado y la permanencia misma del régimen democrático gravemente amenazada”.²²

Si al escenario anterior le sumamos la idea de que uno de los componentes para el ejercicio de la democracia es el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 4 de la Carta Democrática) y que su promoción y observancia son consustanciales a la consolidación de la democracia (art. 13 de la Carta Democrática), pues la pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano son factores que inciden negativamente en su consolidación (art. 12 de la Carta Democrática), entonces la democracia en el Sistema Interamericano se relaciona naturalmente con la totalidad de los derechos humanos y su salvaguardia requiere que la atención dispensada a los derechos civiles y políticos se extienda igualmente a los derechos económicos, sociales y culturales.²³

Bajo estos parámetros, es difícil sostener que en América Latina pueda existir una verdadera democracia: a) sin elecciones periódicas libres, competitivas y en condiciones de igualdad

²² CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 28 de septiembre de 1987, cap. VII.A.

²³ Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de derecho...”, *cit.*, pp. 14 y 23. También es importante mencionar que actualmente se está elaborando un proyecto de Carta Social de las Américas, resolución AG/RES. 2056, XXXIV-O/04, con el objeto de reforzar los instrumentos existentes en la OEA sobre democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza. Este instrumento se enfoca en a) la promoción de la justicia social, especialmente a través del combate a la pobreza y la discriminación, como eje central del desarrollo económico con equidad; b) la atención preferente a los grupos vulnerables y excluidos como prioridad de las políticas sociales, y c) la realización de los derechos económicos, sociales y culturales como componente esencial para la promoción y consolidación de la democracia; entre otras cosas.

ciudadana (art. 3 de la Carta Democrática); *b*) sin un Estado de derecho orientado al bien común y sustentado sobre una distribución y equilibrio de poderes con independencia de funcionamiento (arts. 2 a 4 de la Carta Democrática); *c*) sin un régimen de libertades públicas que garantice permanentemente las libertades de pensamiento, información, expresión, movilización, organización, petición, de religión y culto (arts. 2, 3 y 6 de la Carta Democrática), y *d*) sin un orden social orientado a la justicia, que garantice al ciudadano común el acceso a derechos humanos tan fundamentales como la educación y la cultura, la salud, el trabajo digno, la vivienda, el disfrute y preservación de un sistema ecológico equilibrado (arts. 4, 10-13, 15 y 16 de la Carta Democrática).²⁴

6.2. CONCEPTO(S) DE DEMOCRACIA Y SUS IMPLICACIONES PARA UNA VISIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La relación teórica entre democracia y derechos humanos no es totalmente pacífica, y ella puede ser contemplada desde tres formas: *a*) la ingenua, que considera la inexistencia de conflictos entre ambos y, por tanto, se pueden mantener juntos sin límite alguno; *b*) la idealista, en la que el pueblo y sus representantes no están en absoluto interesados en lesionar los derechos humanos por medio del proceso democrático, ya que su protección constituye para todos una eficaz motivación política, y *c*) la realista, que reconoce que la relación entre los derechos humanos y la democracia se caracteriza por dos realidades opuestas: (i) *los derechos humanos son profundamente democráticos*, porque aseguran el desarrollo de las personas gracias a la garantía de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, capaces por lo general de mantener estable el proceso democrático, y porque aseguran las condiciones para el funcionamiento de dicho proceso mediante la protección de la libertad de opinión, prensa,

²⁴ Cerdas Cruz, Rodolfo, “Democracia y derechos humanos”, en Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loaiza, Rafael (comps.), *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, t. I, p. 297.

radiodifusión, reunión y asociación, así como del derecho de sufragio y otras libertades políticas, y (ii) *los derechos humanos son profundamente antidemocráticos*, porque desconfían del proceso democrático y por ello someten al legislativo privándolo del poder de decisión de la mayoría parlamentariamente legitimada.²⁵

Aunado a lo anterior, la relación entre estos dos elementos también se torna compleja: *a)* cuando hay que determinar lo que se entiende por democracia, y *b)* cuando hay que ponerse de acuerdo sobre cuáles son los derechos humanos necesarios para poder hablar de un Estado de derecho y de un sistema democrático. En relación con el primer aspecto,²⁶ lograr un acuerdo sobre el contenido de la democracia es una tarea ardua y ni siquiera en el ámbito académico existe un consenso al respecto, debido, entre otras razones, a que en las últimas décadas muchos países de América Latina, África, Asia y Europa del Este han experimentado un importante proceso de democratización, cuyos regímenes, a pesar de compartir varios atributos con las democracias del mundo industrializado, también difieren de ellas en muchos aspectos, a tal punto de surgir la duda de si son completamente democráticos.²⁷

²⁵ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, trad. de Alfonso García Figueroa, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 37-38. Pintore señala que la democracia “es una amenaza potencial para los derechos, en la medida en que la soberanía no esté restringida por límites. Los derechos, a su vez, son una amenaza para la democracia, tanto en el sentido de que representan una limitación de contenidos al libre despliegue de la soberanía popular, como en el sentido de que se confían a sí mismos —la determinación de su contenido y su tutela— a otros distintos del pueblo soberano, otros que podrían convertirse en los señores de los derechos, los administradores de su contenido y de sus confines”, en Pintore, Anna, “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, trad. de Juan A. Pérez Lledó, núm. 23, Alicante, 2000, pp. 138-139.

²⁶ En los apartados III y IV analizaremos el segundo aspecto relacionado con cuáles son los derechos humanos necesarios para establecer una concepción integral de la democracia.

²⁷ Collier, David y Levitsky, Steve, “Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research”, en *World Politics*, vol. 49, num. 3, abril 1997, p. 430.

Frente a ello, muchos teóricos han tenido que revisar el concepto tradicional de democracia para poder desarrollar una nueva conceptualización que incluya las particularidades de estas nuevas experiencias políticas. Sin embargo, este esfuerzo ha permitido la multiplicación de formas alternativas del concepto, incluyendo un sorprendente número de subtipos tales como “democracia electoral”, “democracia delegativa”, “democracia plebiscitaria”, “democracia deliberativa”, etc., a tal grado que al examinar la literatura reciente nos encontramos con que existen más de 550 ejemplos de democracia “con adjetivos”.²⁸

Por tal razón, el discurso sobre el significado de la democracia no puede considerarse concluido, debido a que en el lenguaje político no se habla de la misma únicamente en relación con quién gobierna y cómo se gobierna, sino también en relación con los fines o valores cuya realización se persigue.²⁹ En este sentido, cuando en la actualidad se habla de democracia *sustancial*, no es que se añada un adjetivo más al concepto para caracterizar a un régimen determinado, sino que esta sustancialidad representa un elemento intrínseco y particular de las democracias constitucionales contemporáneas, pues implica un procedimiento democrático vinculado a los derechos humanos sobre los que no se puede decidir —civiles y políticos— ni dejar de decidir —económicos, sociales y culturales—, lo cual polemiza tanto con: a) una concepción generalizada de la democracia como mero procedimiento³⁰

²⁸ *Ibidem*; cfr. Bovero, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, México, abr, 2002, p. 8; Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón, Madrid, Taurus, 2003, pp. 17-18.

²⁹ Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad...*, cit., p. 221.

³⁰ La definición dominante de la democracia consiste en concebirla únicamente como “un método de formación de las decisiones colectivas: precisamente, en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, y por lo tanto a la mayoría de sus miembros, el poder —directo o a través de representantes— de asumir decisiones. Esta no es solo la acepción etimológica de «democracia», sino también la concepción unánimemente compartida —desde Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Dahl— de la teoría y de la filosofía política”, en Ferrajoli, Luigi, “Sobre la definición de ‘democracia’. Una discusión con Michelangelo Bovero”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 19, México, 2003, p. 227.

y también con *b*) una concepción del Estado de derecho que solamente incluye a los derechos de carácter civil y político.

En relación con la primera cuestión, hay quienes conciben la democracia en su definición mínima como “un conjunto de reglas primarias o básicas que establecen *quién* tiene autorización para tomar decisiones colectivas y *qué* procedimientos se han de emplear”. Tales reglas pueden clasificarse en: *a*) aquellas relacionadas con el *quién decide*, las cuales deben garantizar la participación directa o indirecta de un número muy elevado de ciudadanos; *b*) las relacionadas con el *cómo se decide* o reglas procesales que exigen como mínimo que las decisiones sean adoptadas al menos por la mayoría de quienes deben tomar la decisión, y *c*) las reglas que garantizan la libertad de elección y decisión entre varias alternativas.³¹

Como consecuencia de esta definición mínima, los derechos económicos, sociales y culturales solo aparecen como un simple complemento, mientras que los derechos civiles y políticos se presentan como el fundamento mismo de la democracia.³² De lo anterior se desprende que solo ciertos derechos son necesarios para el ejercicio del poder democrático: *a*) los derechos políticos relacionados con las reglas del primer tipo, encaminadas a garantizar la igual participación política en la formación de la voluntad general, y *b*) otros derechos de libertad referentes a las reglas del tercer tipo, destinadas a garantizar la libertad de elección y decisión entre alternativas reales (libertad de opinión, de expresión, de reunión, de asociación, entre otras).³³

Por otro lado, se sostiene que el gobierno democrático se caracteriza por su continua aptitud para responder por igual a las preferencias ciudadanas. Así, todos los ciudadanos deben tener igual oportunidad de: *a*) formular sus preferencias; *b*) manifestar públicamente las mismas, y *c*) de ser tratados de igual manera que

³¹ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Bogotá, FCE, 1994, las citas textuales corresponden a las pp. 24-25.

³² Bobbio, Norberto, “Sobre los derechos sociales”, en *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2003, p. 539.

³³ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia...*, cit., p. 26.

al resto. Para que se den estas tres condiciones, es necesario que se garantice: *a)* la libertad de asociación; *b)* la libertad de expresión; *c)* la libertad de voto; *d)* la elegibilidad para el servicio público; *e)* el derecho de los líderes políticos para competir en busca de votos; *f)* la existencia de diversas fuentes de información; *g)* elecciones libres e imparciales, y *h)* instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y demás formas de expresar las preferencias.³⁴

No obstante, sin sus necesidades básicas satisfechas, las personas pueden verse privadas de ejercer los derechos anteriores, por lo que todos los defensores sensatos del gobierno democrático reconocen que la desigualdad en los recursos económicos constituye una seria amenaza para la democracia. Aunque existe acuerdo en la idea de que para fortalecer el proceso democrático es prioritario poner en práctica la mejor manera de alcanzar un sistema que genere una amplia distribución de los recursos económicos, se considera que al ser esta una condición externa, no es necesariamente vinculante,³⁵ como lo sería si se hablara en términos de derechos —económicos, sociales y culturales— como elementos propios e imperativos del proceso democrático.

Sobre esta base, se señala que existen tres tipos de derechos en relación con la democracia: *a)* los que forman parte integral del proceso democrático; *b)* los que son exteriores al mismo pero indispensables para que funcione, y *c)* los que son exteriores al proceso democrático pero no son necesarios para él, pero sí para que cumpla con la idea de igual consideración de las preferencias ciudadanas que señalamos anteriormente. Dentro del primer tipo se encuentran los llamados “derechos prioritarios”, tales como el

³⁴ Dahl, Robert A., *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson, Barcelona, Paidós, 1992, pp. 266-267; este autor señala que en el mundo, en vez de sistemas democráticos completos, existen *poliarquías* que se caracterizan por extender la ciudadanía a una proporción comparativamente alta de adultos, y por reconocer entre los derechos de la ciudadanía, el de oponerse a los altos funcionarios del gobierno y hacerlos abandonar sus cargos mediante el voto. “Como sistema de democracia en gran escala perteneciente al mundo real, la poliarquía es hasta la fecha el mejor, pero medido según normas ideales no es sino una preferencia secundaria”.

³⁵ Dahl, Robert A., *La democracia económica. Una aproximación*, trad. de Mirreia Bofia, Barcelona, Hacer, 2002, p. 144.

derecho a autogobernarse y ciertos derechos políticos derivados de él, como los de votar en elecciones libres, la libertad de prensa y de reunión, etc., los cuales, al ser parte integral del proceso democrático no pueden ser amenazados por este.³⁶ Dentro del tercero, por lo que aquí nos importa, se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales.

En definitiva, para las dos concepciones de democracia que hemos analizado brevemente existe la necesidad de promover ciertos presupuestos relacionados con el bienestar material, pues es indudable que la desigualdad económica y social genera una inevitable desigualdad en el ejercicio de los derechos humanos y, por tanto, se limita la participación política con su consecuente efecto en la calidad de la voluntad general y de la democracia.

Asimismo, la exclusión de grandes sectores de la población del desarrollo económico y del bienestar puede neutralizar la existencia de las actitudes que son necesarias para el nacimiento de ese tipo de voluntad común,³⁷ por lo que es evidente que la democracia está tan amenazada en los países desarrollados como en los otros, sea por dictaduras totalitarias, sea por un *laissez-faire* que favorece el crecimiento de las desigualdades y de la concentración del poder en manos de pequeños grupos.³⁸ Sin embargo, estas concepciones le otorgan un papel secundario a los presupuestos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales en el proceso democrático, pues para una son un complemento, mientras que para otra son condiciones externas.

³⁶ Dahl, Robert A., *La democracia y sus críticos...*, cit., pp. 203-210 y ss.

³⁷ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "La democracia como principio constitucional", en *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, pról. y trad. de Rafael Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, p. 103. Este autor sostiene que los presupuestos de la democracia como forma de Estado y de gobierno se pueden dividir en a) socioculturales, b) político-estructurales, y c) éticos. Los primeros incluyen otros tantos presupuestos, dentro de los cuales es fundamental la homogeneidad relativa dentro de la sociedad que incluye, entre otras cosas, aspectos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales como un sistema educativo desarrollado, y la lucha contra el analfabetismo, que según el autor, es enemigo de cualquier democracia y de cualquier desarrollo de la democracia; véanse pp. 99-118.

³⁸ Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?...*, cit., pp. 41 y 284-291.

Ya hemos visto que en el marco de la OEA —y al contrario de las posiciones anteriores— los derechos económicos, sociales y culturales forman parte de los “componentes fundamentales” del ejercicio de la democracia, y aunque no existe ni en la Carta de la OEA ni en la Carta Democrática una definición de democracia, a la luz de ambos instrumentos, así como de la Declaración Americana y de la Convención Americana y sus protocolos, se podría decir que la americana es una democracia integral, es decir, política, económica, social, cultural y medioambiental, orientada a transformar las condiciones que causan la falta de justicia social en el continente.

Esta concepción integral de la democracia implica traducir la abstracta igualdad de derechos a una igualdad de hecho que garantice cierta igualdad de condiciones, que no es otra cosa que la realización del ideal del ser humano libre, exento del temor y la miseria, y en condiciones que le permitan gozar tanto de sus derechos económicos, sociales y culturales, como de sus derechos civiles y políticos (Prólogo de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador).

En palabras de la CIDH,

Las formalidades de la democracia, la elección de presidentes y parlamentarios, no es un cimiento lo suficientemente firme para garantizar sistemas políticos y económicos estables y duraderos. Ello queda demostrado por el hecho de que, pese a la transición de la región, en el último decenio, al imperio de la democracia, en el mismo periodo se ha presenciado también un marcado aumento de la incidencia de la pobreza que pone en peligro la estabilidad política de numerosos Estados de la región.³⁹

Por tanto, dichas formalidades solo se limitan al origen del gobierno democrático y no tienen en cuenta los límites y vínculos que han de imponerse al ejercicio del poder público de cara a la garantía de los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, sobre todo en relación

³⁹ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993, 11 de febrero de 1994, cap. V. I. La indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

con estos últimos, pues evidentemente en condiciones de pobreza extrema, desigualdad y exclusión social “se dificulta la efectividad de un presupuesto clave de la democracia: que los individuos son ciudadanos plenos que actúan en una esfera pública donde se relacionan en condición de iguales”.⁴⁰

6.3. DE LA DEMOCRACIA FORMAL A LA DEMOCRACIA SUSTANCIAL

La inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de los presupuestos necesarios de la democracia hace que esta adquiera un carácter *sustancial*, pero no como un elemento contrapuesto a la democracia *formal*, dado que no desconoce su aspecto procedimental, sino como un complemento necesario.⁴¹ En el plano axiológico, la primera —democracia sustancial— incorpora valores más importantes y, por tanto, previos en relación con la segunda —democracia formal—, y como consecuencia, el principio de la democracia política —relativo al quién decide— está subordinado a los principios de la democracia social relativos a qué no es lícito decidir y a qué es lícito dejar de decidir.⁴²

En este sentido, cuando se incorporan los derechos humanos en una Constitución, hacen que esta se constituya en la principal garantía de la democracia en sus dos dimensiones, *formal* —conjunto de procedimientos y de controles estipulados en garantía de la representación y del principio de mayoría— y *sustancial* —derechos humanos que garantizan la igualdad y las necesidades vitales de todos y todas—,⁴³ por lo cual ninguna mayoría podría,

⁴⁰ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe La Democracia en América Latina..., *cit.*, p. 118.

⁴¹ Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, en *Derechos y garantías...*, *cit.*, p. 23.

⁴² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *cit.*, p. 865.

⁴³ Ferrajoli, Luigi, “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad...”, *cit.*, p. 22; Bobbio señala que “[...] una democracia perfecta debería ser al mismo tiempo formal y sustancial; mas un régimen de este tipo pertenece por ahora al género del futuro”, Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad...*, *cit.*, p. 222.

por ejemplo, decidir la condena de un inocente o la privación de los derechos de una minoría, y tampoco podría dejar de decidir las medidas necesarias para que a una persona le sea asegurada su subsistencia en condiciones de dignidad.⁴⁴

Por tanto, los derechos humanos expresan la dimensión sustancial de la democracia, ya que se constituyen en parámetros de validez del ejercicio de los poderes públicos y se configuran como vínculos sustanciales normativamente impuestos tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado, pues son fundamentales para la convivencia en comunidad y son, a la vez, la razón de ser del Estado.⁴⁵

Dadas las circunstancias actuales, los ciudadanos se enfrentan a las amenazas provenientes de dos frentes: a) la amenaza de los poderes públicos, y b) la amenaza de los poderes económicos privados. Para protegerse de los primeros (del Estado), es necesario “garantizar la división y el control de esos poderes, sustrayendo de las mayorías legislativas coyunturales ciertos derechos de libertad que delimiten un ámbito de no injerencia para los individuos”, y para protegerse de los segundos, además de controles, se requieren unas prestaciones de “bienes y servicios básicos por parte del Estado, que los ponga a salvo de los desequilibrios de los poderes del mercado”.⁴⁶

Bajo estos parámetros, la democracia formal o procedimental es una concepción inconclusa que debe ser completada para que responda no solamente a las preguntas del *quién* y del *cómo*, sino también sobre el *qué* se decide, ya que la carencia del contenido de lo que se puede o no decidir podría degenerar en lo que se suele llamar “la tiranía de las mayorías”.⁴⁷ De allí que la dimen-

⁴⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 865.

⁴⁵ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli et al.*, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (ed.), Madrid, Trotta, 2001, pp. 35-36.

⁴⁶ Pisarello, Gerardo, “Por un concepto exigente de Estado de derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, en *Sistema*, núm. 144, Madrid, 1998, ambas citas textuales corresponden a la p. 106.

⁴⁷ Véase al respecto, Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?...*, cit., pp. 131-135; Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?...*, cit., pp. 180-187.

sión sustancial de la democracia impone límites a su dimensión formal o procedimental mediante la delimitación de aquello sobre lo que no se puede decidir (los derechos civiles y políticos) y sobre lo que no se puede dejar de decidir (los derechos económicos, sociales y culturales).

Es en este sentido, los derechos humanos imprimen una dimensión sustancial al Estado de derecho y a la democracia, ya que las normas que reconocen los derechos humanos determinan no tanto la forma —quién decide y cómo se decide— sino el contenido o la sustancia de las decisiones —qué no es lícito decidir o no decidir—. Así, mientras las reglas de la representación y el principio de las mayorías permiten establecer lo que es decidible, los derechos humanos determinan la esfera de lo indecidible, que incluye “lo no decidible que, es decir, de las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad, y de lo no decidible que no, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos [económicos], sociales [y culturales]”.⁴⁸

Por tanto, las normas formales sobre la *vigencia* se identifican con las reglas de la democracia *formal*, mientras que las normas sustanciales sobre la *validez* se identifican con las reglas de la democracia *sustancial*. Las primeras aseguran el procedimiento para que las decisiones sean la expresión de la voluntad de la mayoría; las segundas aseguran, so pena de invalidez, que las decisiones de la mayoría estén vinculadas al respeto de los derechos humanos. El paradigma de la democracia constitucional de nuestros tiempos se concreta en la sujeción del derecho al derecho mediante la separación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, y entre legitimación formal y legitimación sustancial, dado que el principio de soberanía popular y la regla de la mayoría se subordinan a los derechos humanos como principios sustanciales que determinan los ámbitos de las decisiones democráticas, y en consecuencia, se constituyen en fuentes de deslegitimación más que de legitimación.⁴⁹

⁴⁸ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 36.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 36-37.

Los derechos humanos, al representar un sistema de límites y de vínculos para el Estado, cambian la relación entre este y los sujetos sometidos a su jurisdicción, en el sentido de que al ser estos últimos titulares más que destinatarios, el Estado se ve obligado a promover las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de esos derechos, lo cual incluye no solamente vínculos y límites normativos al propio Estado, sino también vínculos y límites normativos a los poderes de los propios ciudadanos.⁵⁰

Así, el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista pues: a) las constituciones son contratos sociales en los que se determinan las condiciones para la convivencia social, y b) esta idea del contrato social es una metáfora de la democracia *política*, porque se refiere al consenso de los contratantes —lo que constituye una legitimación del poder político desde abajo—, pero a su vez, es una metáfora de la democracia *sustancial*, debido a que dicho contrato tiene un contenido considerado fundamental para la comunidad y, por consiguiente, su violación legitima la ruptura del mismo y el ejercicio del derecho de resistencia.⁵¹

Estos contenidos de las constituciones como pactos fundantes son producto de las luchas sociales y políticas de diversos movimientos que desde la Revolución francesa hasta nuestros días han permitido que se hayan desarrollado los procesos de positividad, generalización, internacionalización y especificación de los derechos humanos,⁵² mediante los cuales se han reconocido primero los derechos civiles, luego los derechos políticos y después los derechos económicos, sociales y culturales, y en la actualidad son objeto de reivindicación algunos derechos nuevos como el derecho a la paz y al medioambiente, que aunque reconocidos en el ámbito internacional y en algunas constituciones, no gozan de las garantías que aseguren su debida protección. De esta manera, los derechos humanos “se afirman siempre como

⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 935.

⁵¹ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales...”, cit., p. 38.

⁵² Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales...* cit., pp. 156-199; Bobbio, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos-Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 16.

leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”⁵³ y, por tanto, como mecanismos de liberación del ser humano no solamente de la violencia del Estado, sino también de la violencia del mercado.⁵⁴

Por ende, el desarrollo progresivo de los derechos humanos en términos de reconocimiento y positivación ha implicado el progreso de la democracia desde una concepción formal a una concepción sustancial, dado que la expansión de los derechos ha permitido la ampliación de la protección del Estado a ciertos ámbitos que anteriormente estaban vedados a su intervención, especialmente en lo referente a los derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, el progreso de la democracia no solo se da con esta expansión de los derechos y sus garantías, sino también mediante “la extensión del Estado de derecho al mayor número de ámbitos de la vida y esferas de poder, con el fin de que también allí sean tutelados y satisfechos los derechos fundamentales de las personas. Son de hecho los poderes desregulados que se desarrollan en su interior los principales «obstáculos de orden económico y social» que limitan «de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos»”.⁵⁵

En este orden de ideas, el Estado ya no se limita a distribuir una serie de potestades y derechos formales, sino que trata de distribuir y redistribuir los bienes económicos, sociales, medioambientales y culturales de la sociedad para tratar de alcanzar una relativa igualdad en recursos y oportunidades que permita una participación política real de todos.⁵⁶ Por ende, es inconcebible que en la actualidad un Estado permanezca pasivo ante las desigualdades, dado que la historia ya nos ha demostrado

⁵³ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, pp. 39-40.

⁵⁴ Mejía Rivera, Joaquín A., *Los derechos humanos y el Estado de derecho en Honduras: Teoría y realidad*, con la colaboración de Romel Jurado Vargas, Tegucigalpa, Editorial Casa San Ignacio, 2007, p. 37.

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *cit.*, p. 934.

⁵⁶ Mejía Rivera, Joaquín A., “Entre la legitimidad y la esquizofrenia social y estructural”, en Basabe Serrano, Santiago (comp.), *Instituciones e institucionalismo en América Latina: perspectivas teóricas y enfoques disciplinarios*, Quito, Ecuador, Editorial del Centro de Investigaciones de Política y Economía, 2007, p. 209.

que las graves injusticias sociales, económicas y culturales en los últimos siglos no se han resuelto con la inhibición del Estado de los procesos económicos.⁵⁷

La concepción de la democracia aquí planteada implica un sistema complejo de separación y equilibrio de poderes, de límites de forma y contenido a su ejercicio, de garantía de los derechos humanos, de técnicas de control y compensación si son vulnerados y, en definitiva, la sustancia de la democracia está referida a un sistema en que:

[...] la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquella que podemos llamar la esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo obligatorio y que está precisamente formada por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos [económicos], sociales [y culturales] —a la salud, a la escuela, a la prevención y a la subsistencia— que toda mayoría está obligada a satisfacer.⁵⁸

Bajo esta concepción, la democracia no puede ser definida solamente por el respeto de la voluntad general, sino también entendiendo que la exigencia del principio de defensa contra la arbitrariedad del poder esté destinada a la limitación del poder del Estado —libertad— y al reparto general de los recursos económicos y políticos —igualdad—.⁵⁹

En este sentido, la democracia “se asienta sobre el principio de que es el pueblo el titular de la soberanía política, y que en ejercicio de esa soberanía elige a sus representantes para que ejerzan el poder político. Los representantes ejercen así un mandato de sus representados, que aspiran idealmente a tener una vida digna, en libertad y democracia”,⁶⁰ y de esta manera, tales representantes

⁵⁷ López Calera, Nicolás María, *Yo, el Estado...*, cit., p. 24.

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho...*, cit., pp. 144-145.

⁵⁹ Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?...*, cit., p. 94.

⁶⁰ CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 9 de marzo de 2001, cap. II. Institucionalidad democrática. A. Introducción, párr. 3.

se encuentran vinculados y obligados a cumplir con el mandato de garantizar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

6.4. EL PAPEL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS LATINOAMERICANOS

Una de las tesis centrales del contractualismo contemporáneo es la creación de una organización social —el Estado— que promueva y proteja los valores y necesidades fundamentales de la sociedad, que una vez incluidos en las constituciones se constituyen en parámetros de legitimidad de todo el sistema político. Por ello, con la constitucionalización de los derechos humanos, la actividad del Estado no se ve agotada en la garantía de una libertad formal, sino que busca la creación de un régimen que permita la satisfacción de esas necesidades sustanciales, lo cual “es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado”.⁶¹

En ese sentido, el Estado y el derecho no son hechos naturales sino fenómenos artificiales y convencionales contruidos por los individuos para la tutela de sus necesidades y sus derechos, desde el derecho a la vida de acuerdo con Hobbes, los derechos de libertad y propiedad según Locke, y los derechos políticos y económicos, sociales y culturales que se han añadido con el constitucionalismo moderno.⁶²

De esta forma, una Constitución política se constituye en un sistema de reglas formales y sustanciales, cuyos destinatarios son los titulares del poder, por lo que no representan únicamente el complemento del Estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, sino que también son un programa político para el futuro.⁶³ Así, las constituciones son algo más que una simple norma —aunque lo sean—, son a

⁶¹ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”..., *cit.*, pp. 35-36.

⁶² Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho...*, *cit.*, pp. 172-173.

⁶³ *Ibidem*, p. 171.

su vez el diseño de cómo idealmente tendría que funcionar una sociedad.⁶⁴

Por ello se puede decir que se pasa de un concepto formal de Estado de derecho a uno material, ya que la Constitución no se restringe a establecer unos límites estatales frente a la libertad del ciudadano, sino que ordena la vida de la comunidad conforme a principios materiales para que la libertad de la persona tenga un contenido real.⁶⁵ En virtud de lo anterior, cambia la base de legitimación estatal, pues los poderes públicos no solamente tienen el deber de no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, sino también tienen el deber de mejorarlas. Lo mismo se aplica en relación con los poderes privados, dado que el Estado debe regular y garantizar que estos, al menos, no empeoren tales condiciones.

Los derechos económicos, sociales y culturales juegan un papel esencial en las bases que sostiene un Estado democrático de derecho, pues junto con los civiles y políticos expresan los derechos del ciudadano frente al poder público, los intereses de los débiles frente a los más fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes frente a las mayorías, o de las mayorías marginadas y empobrecidas frente a una minoría que concentra el poder económico. En este sentido, no existe diferencia entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, ya que también estos últimos, “como cada vez se hace más evidente en los países ricos, en los que la pobreza tiende a convertirse en una condición minoritaria, son derechos individuales virtualmente contrarios a la voluntad y a los intereses de la mayoría”.⁶⁶

A su vez, este papel esencial de los derechos económicos, sociales y culturales viene dado porque su protección y su ex-

⁶⁴ López Calera, Nicolás María, *Yo, el Estado...*, cit., pp. 111-112.

⁶⁵ García Macho, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp. 122-123; Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Origen y cambio del concepto del Estado de derecho”, en *Estudios sobre el Estado de derecho...*, cit., p. 17.

⁶⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 864.

tensión permiten la igualdad en los derechos —igualdad jurídica, tanto formal como sustancial— y por ende, mejoran la calidad de la democracia y del Estado de derecho. De este modo, todos los derechos humanos se constituyen en técnicas a través de las cuales la igualdad formal y sustancial resulta asegurada o perseguida: por un lado, las garantías de los derechos civiles y políticos aseguran la igualdad formal o política, por el otro, la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales posibilitan la igualdad sustancial o social. Las primeras tutelan las diferencias para las que promueven la tolerancia, por lo que son derechos a seguir siendo personas diferentes a las demás; las segundas remueven las desigualdades que se ven como intolerables, por lo que son derechos a ser personas iguales a las otras en las condiciones mínimas de vida y de dignidad.⁶⁷

Una visión integral de la democracia no debe privilegiar la libertad bajo el riesgo de dejar que se incremente la desigualdad, y tampoco debe privilegiar la igualdad al precio de una renuncia de la libertad, sino que debe combinar estos dos objetivos y unirlos mediante la idea de fraternidad.⁶⁸ Por ello, el principio de los fines o valores que es adoptado para distinguir en su contenido un régimen democrático de uno no democrático es la igualdad, no solamente jurídica, sino también en cierta medida, económica y social.⁶⁹

En virtud de todo lo anterior, ante la pregunta sobre cuáles son los derechos indispensables para hablar de un Estado democrático de derecho, la respuesta integral debe incluir tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales, como mecanismos para limitar y minimizar el poder público y privado, y maximizar las libertades y las expectativas,⁷⁰ en el sentido de que la democratización de la sociedad se inicie en la experiencia cotidiana de la gente mediante el acceso a los medios indispensables para la promoción de su dignidad, y así, lograr su participación real en las decisiones políticas trascendentales que afecten su entorno.

⁶⁷ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, pp. 21-22.

⁶⁸ Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?...*, *cit.*, p. 162.

⁶⁹ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad...*, *cit.*, p. 221.

⁷⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *cit.*, p. 866.

En el continente americano, gradualmente se va afianzando la idea de que no hay derechos humanos sin democracia, así como no hay democracia sin derechos humanos, tomados estos en su conjunto, es decir, incluyendo tanto a los derechos civiles y políticos como a los económicos, sociales, culturales. El concepto de democracia abarca hoy tanto la democracia política haciendo hincapié en los procesos democráticos formales, como la democracia de desarrollo, en donde los derechos humanos se constituyen en vehículos para lograr la igualdad de condiciones, no simplemente de oportunidades.⁷¹ De ello se desprende la idea de una democracia integral con sus componentes político y social. “Así aflora la democracia «calificada», como «calificados» son también los seres humanos, artífices y destinatarios de ella. Así se extiende el paso fuera de la abstracción: hacia donde la vida discurre”.⁷²

La CIDH ha entendido que la democracia es una condición necesaria para lograr la vigencia y el respeto de todos los derechos humanos, lo cual incluye los derechos de participación política, el respeto al principio de legalidad, la independencia judicial y la tutela efectiva frente a los actos del poder público. No obstante, hay que agregar que la democracia

[...] no puede desligarse de lo señalado en el propio preámbulo de la Convención Americana en el sentido de que “solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. El objetivo no es solo avanzar hacia una democracia representativa plena, sino velar porque tal sistema de organización política represente para cada persona la posibilidad de lograr el respeto y realización plena de todos sus

⁷¹ Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de derecho...”, *cit.*, pp. 17 y 21.

⁷² García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (ed.), *Construyendo una Agenda para la justicia-bilidad de los derechos sociales*, San José, Costa Rica, Publicaciones CEJIL, 2004, p. 97.

derechos humanos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales. Ello, por demás, constituye la mejor garantía para la preservación misma de la democracia como sistema, pues en la medida en que las personas estén convencidas, por su propia experiencia personal, de que ése es efectivamente el mejor modelo de organización política, estas serán la mejor garantía contra dictaduras tradicionales y contra otras formas autoritarias de gobierno.⁷³

La persistencia de condiciones que provocan una profunda desigualdad económica y social también genera una desigualdad en el ejercicio de los derechos humanos, puesto que las personas acaban siendo divididas en dos categorías intolerables moral, política y jurídicamente: las que *sí pueden* y las que *no pueden* disfrutar de sus derechos. De esta forma, se reafirma el carácter interdependiente de la libertad y de la igualdad, ya que la primera sin la segunda “no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no-libertad de muchos”; mientras que la segunda sin la primera “no conduce a la democracia, sino al despotismo, o sea, a la igual sumisión de la mayoría a la opresión de quien detenta el poder”.⁷⁴

Evidentemente, esta situación tiene graves consecuencias para el sistema democrático y el Estado de derecho, dado que la igualdad formal (ante la ley) por sí sola, no es suficiente “para crear en la misma medida la voluntad o capacidad de participar en los procesos políticos, ni una capacidad igual en todos de influir en los resultados; [por tanto, los] desequilibrios en los recursos y el poder político socavan a menudo el principio «una persona, un voto», y la finalidad de las instituciones democráticas”.⁷⁵

⁷³ CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay..., *cit.*, cap. II.A, párrs. 5-7.

⁷⁴ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1995, ambas citas textuales corresponden a la p. 215.

⁷⁵ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe sobre Desarrollo Humano 2002. Profundizar la democracia en un mundo fragmentado, Nueva York, Ediciones Mundi-Prensa, 2002, p. 4.

En la actualidad, es fácil comprender que:

[...] si una persona no es capaz de satisfacer sus necesidades básicas, por no poder acceder a los servicios de salud, a la educación, ni al agua potable, tiene posibilidades muy remotas de obtener empleo o participar en la vida comunitaria. Existe también la posibilidad de ser excluida de participar en los procesos de la toma de decisiones que han de influir en su vida como, por ejemplo, el derecho a votar. Hay pruebas de que los patrones regulares de exclusión social y marginación dan por resultado que a muchos sectores marginados les sean negados los beneficios de las actividades de desarrollo.⁷⁶

Bajo estos parámetros, la relación entre democracia y todos los derechos humanos se puede proyectar como una imagen en donde la primera es el telón de fondo, institucional y político en que los segundos se desenvuelven y desarrollan con total naturalidad, y no hay divorcio de ninguna naturaleza entre categorías de derechos, es decir, entre aquellos que permitan la libertad —derechos civiles y políticos—, aquellos que proporcionan los fundamentos materiales para el ejercicio real de sus derechos civiles y políticos —derechos económicos, sociales y culturales—, y aquellos relativos al entorno natural, “que no solo debe preservarse como sustrato para el desarrollo social y personal, sino como condición para la conformación del complejo superior, hasta hoy fracturado y hasta contrapuesto, que une indisolublemente individuo, sociedad y naturaleza (derechos colectivos y ecológicos)”.⁷⁷

El respeto y promoción integral de todos los derechos humanos constituye un medio a través del cual las personas pueden desarrollar libremente su autonomía individual y su dignidad, dado que: a) crean un ámbito de autonomía para que puedan actuar libremente —derechos civiles—; b) establecen los cauces

⁷⁶ Ríos Kohn, Rebeca, “Vivir libre de la pobreza es un derecho humano”, en AA.VV., *Consolidación de derechos y garantías: Los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 98.

⁷⁷ Cerdas, Rodolfo, “Democracia y derechos humanos...”, *cit.*, p. 301.

de participación en la organización y en el funcionamiento del poder —derechos políticos—, y c) remueven los obstáculos que mantienen la discriminación e impiden la igualdad, y promueven las condiciones para hacer posible la igualdad real —derechos económicos, sociales y culturales—. ⁷⁸ La integralidad de los derechos humanos constituye un factor imprescindible de cohesión social y de legitimación política, ⁷⁹ y suponen una garantía para la propia democracia, “esto es, para el efectivo disfrute de las libertades personales, civiles y políticas”. ⁸⁰

En conclusión, se puede sostener que en el marco de la OEA se ha reconocido el derecho a la democracia de los pueblos americanos y la obligación de sus gobiernos de promoverla y defenderla. Pero no una democracia limitada a la vigencia de ciertos derechos políticos, sino que, en virtud del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, teniendo en cuenta la realidad de exclusión social y desigualdad de nuestro continente, es una democracia que admite que la muerte por hambre, la falta de acceso a la educación básica o a los servicios de salud primarios constituyen una afectación a su propia esencia.

En consecuencia, la visión hemisférica de la democracia incluye el ejercicio de los derechos políticos y la existencia de amplias libertades de expresión, asociación y reunión, complementado con el desarrollo y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, sin cuya adecuada vigencia, el ejercicio de los derechos políticos resulta severamente limitado y la estabilidad misma del régimen democrático seriamente amenazada. Por ello, cuando un gobierno democrático no responde a las necesidades vitales de la población más vulnerable, relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales, “la gente tiende a apoyar a dirigentes autoritarios o demagógicos que afirman que si se limitan las libertades civiles y políticas se acelerará el cre-

⁷⁸ Peces-Barba Martínez, Gregorio, “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, p. 222.

⁷⁹ Rodríguez Olvera, Óscar, *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Granada, Comares, 1998, pp. 141, 261.

⁸⁰ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 213.

cimiento económico y se promoverá la estabilidad y el progreso social”.⁸¹

En el caso concreto de América Latina y el Caribe, las grandes desigualdades de ingresos y la pobreza van unidas directamente a una escasa confianza de la gente en las instituciones políticas, y a una mayor disposición a aceptar un régimen autoritario, tal como lo manifiesta el hecho de que la proporción de latinoamericanas y latinoamericanos que estarían dispuestos a sacrificar un gobierno democrático en aras de un progreso real socioeconómico superaba el cincuenta por ciento hace unos cuantos años.⁸² En este sentido, no es de extrañar que “desde el punto de vista de la vigencia de ordenamientos políticamente democráticos y socialmente justos, América Latina sigue siendo el continente del desencanto y de la frustración”.⁸³

La democracia en el Sistema Interamericano debe relacionarse con la totalidad de los derechos humanos, y su garantía requiere (re)pensarlos en términos integradores en el sentido de que sean respetados por todos en sus relaciones con otros. El Estado, a su vez, está obligado a garantizar su respeto, su defensa contra posibles violaciones por parte de terceros y su facilitación mediante la adopción de medidas para permitir que las personas gocen plenamente de los mismos, especialmente cuando no sean capaces de hacerlo por sí mismas.

⁸¹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe sobre Desarrollo Humano 2002..., *cit.*, p. 4.

⁸² Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *La democracia en América Latina...*, *cit.*, pp. 13, 132, 222.

⁸³ Garzón Valdés, Ernesto, “Derecho y democracia en América Latina”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 14, abr, 2001, México, p. 33.

VII. Tratados de libre comercio y derechos humanos: una relación desigual

7.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el marco de la globalización económica han aparecido en la escena de los derechos humanos actores privados, generalmente más fuertes y poderosos que los propios Estados y con una enorme capacidad para influir en la orientación de las políticas públicas, especialmente en lo relativo a la privatización de los servicios públicos y la explotación de los recursos naturales de los países en los que operan. Evidentemente, estas condiciones permiten que a través de sus actividades tengan una mayor relación directa o indirecta con las personas, lo que los coloca en una posición parecida a la del Estado en cuanto a la posibilidad de transgredir los derechos humanos de la población.

En el continente americano, los procesos de integración económica están allanando el camino para que actores no estatales, como las empresas transnacionales, adquieran cada vez más protagonismo en la esfera del comercio, la inversión y los servicios, y en otros aspectos claves de las economías nacionales que parecen afectar la capacidad de los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Aunque debe reconocerse que estas empresas generan empleo para millones de personas, también hay que señalar que algunas de sus prácticas pueden tener un efecto negativo sobre los derechos humanos, sobre todo por la

forma en que sus procesos de producción repercuten en los trabajadores, las comunidades y el medioambiente.¹

Una de las formas en que la integración económica se visibiliza en la región es con la adopción de acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales, entre los que destacan el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea (TLCUEM), el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (DR-CAFTA), entre otros, los cuales, de acuerdo con sus promotores, representan una herramienta necesaria para el progreso y el desarrollo de los países, especialmente de América Latina. No obstante, debido a que estos acuerdos no toman en cuenta las asimetrías existentes entre los países económicamente más débiles y los más fuertes (Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea), *prima facie* pareciera que este libre comercio entre socios desiguales coloca a los primeros en franca desventaja frente a los segundos, lo cual genera dudas sobre su impacto real en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de las poblaciones de los países más débiles.

Por otro lado, estos tratados tienen el mismo carácter vinculante y jerarquía que los instrumentos de derechos humanos como la Convención Americana o el Protocolo de San Salvador, y al regular ambas cuestiones relativas a derechos humanos de manera directa o indirecta, los posibles conflictos de prevalencia entre derechos humanos y derechos comerciales es un tema de preocupación, sobre todo porque los TLC contienen mecanismos precisos que garantizan severas sanciones en caso de incumplimiento, mientras que algunos tratados de derechos humanos no están acompañados de los mecanismos idóneos para hacer efectivo su cumplimiento, especialmente los relativos a los derechos económicos, sociales y culturales.² En un caso hipotético, un Estado

¹ Amnistía Internacional, Informe de política exterior y derechos humanos del Gobierno español 2004-2005. ¿Una política de gestos?, Madrid, España, Amnistía Internacional, 2005, pp. 47-48.

² Como se sabe, el Protocolo de San Salvador solo reconoce la competencia de la CIDH y la Corte IDH para dos derechos —el derecho a la educación y la libertad sindical—, mientras que el resto queda sujeto a un sistema de informes.

parte podría violar el derecho a la salud consagrado en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador sin que pueda ser denunciado ni sancionado, pero si el mismo Estado violara la prohibición de expropiación directa o indirecta establecida en los TLC, sería objeto de denuncia por parte de la empresa afectada y de una posterior sanción por las instancias instituidas para tal efecto.³

Evidentemente, el análisis sobre las posibles consecuencias de los TLC sobre los derechos humanos en general, y los derechos económicos, sociales y culturales en particular, resulta más fundamentado si tomamos en cuenta las experiencias concretas de los TLC con mayor tiempo de implementación, en este caso el TLCAN y en menor medida el DR-CAFTA. Por ello, en primer lugar examinaremos brevemente el contexto en el que se dan estos tratados, los contenidos más importantes y conflictivos de cara a la garantía de los derechos humanos, y las herramientas con que cuenta el Sistema Interamericano en relación con el papel que deben jugar la CIDH y la Corte IDH al respecto.

7.2. LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN CONTEXTO

En el año 1994 se celebró en Miami la Primera Cumbre de las Américas, en donde se presentó la iniciativa de formar un Área de Libre Comercio de las Américas, el ALCA, que para el año 2005 potenciaría el libre comercio entre 34 países americanos, a excepción de Cuba. En términos concretos, el ALCA representaría la extensión del TLCAN adoptado en 1993 a los otros países de la región. Sin embargo, ante la lentitud y los obstáculos encontrados en el proceso de negociación, el ALCA fue prácticamente

³ Otro dato que demuestra la importancia dada por los Estados americanos al derecho mercantil frente al derecho internacional de los derechos humanos es la asignación de recursos otorgados a los organismos relacionados con ambos. Así, en el proceso de negociación y conformación del ALCA trabajaron 900 personas, mientras que la CIDH en ese mismo periodo contaba con un equipo de 41 personas, en Cubas, Raúl, "ALCA y derechos humanos", en *Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea)*, consulta 20 mar 2009, disponible en <<http://www.derechos.org.ve/actualidad/opinion/2003/ao130503.pdf>>

enterrado en la IV Cumbre de Presidentes de las Américas, celebrada en Mar del Plata, Argentina, en 2005. En esta cumbre, la falta de consenso entre los 34 gobernantes fue casi insalvable, debido sobre todo al disenso de cuatro miembros importantes del Mercado Común Suramericano: Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay, a los que se sumó Venezuela.

La discrepancia fue tanta que en el párrafo de la declaración final referido al ALCA no se logró ningún acuerdo y fue necesario incluir las dos posiciones en conflicto. Así, el artículo 19 de esta declaración reconoce la importancia de la integración económica en la creación de trabajo para enfrentar la pobreza y fortalecer la gobernabilidad democrática en el continente americano, e incorpora la posición de quienes están a favor del ALCA en el sentido de admitir que pese a las dificultades del proceso de este acuerdo, mantienen el compromiso “con el logro de un acuerdo equilibrado y comprensivo dirigido a la expansión de los flujos comerciales y, en el nivel global, un comercio libre de subsidios y de prácticas que los distorsionen, con beneficios concretos y sustantivos para todos”; y acto seguido incluye la posición de quienes consideran:

[...] que todavía no están dadas las condiciones necesarias para lograr un acuerdo de libre comercio hemisférico y equitativo con acceso efectivo a los mercados, libre de subsidios y prácticas de comercio distorsivas y que tome en cuenta las necesidades y sensibilidades de todos los socios así como las diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías.⁴

Ante la falta de consenso y la imposibilidad de lograr un área de libre mercado en todo el continente, Estados Unidos comenzó a celebrar TLC bilaterales y subregionales, tal como lo hizo con el TLCAN, en 1993, con Canadá y México. En 2003 firmó un TLC con Chile, en 2005 lo hizo con Centroamérica y República Dominicana (DR-CAFTA), en el mismo año firmó con Perú, en 2006 con Colombia y en 2007 con Panamá. Hay que destacar que la entrada en vigor de todos estos TLC acelera y profundiza la política de apertura comercial y a las inversiones que se iniciaron

⁴ IV Cumbre de las Américas, Declaración de Mar de Plata, “Crear trabajo para enfrentar la pobreza y la gobernabilidad democrática”, Mar de Plata, Argentina, 5 de noviembre de 2005.

con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) firmado en 1947, que junto con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) y el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionado con el Comercio (TRIP), son administrados por la Organización Mundial del Comercio (OMC) que fue establecida en 1995.⁵

Como hemos dicho, de forma oficial se considera que estos TLC implican grandes beneficios para los países suscriptores y, en consecuencia, tienen repercusiones positivas en las condiciones de vida de la población. No obstante, desde diversos sectores se pone en tela de juicio tal afirmación, ya que por una parte, desde un inicio el proceso de las negociaciones se ha caracterizado por su hermetismo, desarrollado a puertas cerradas, en cumbres ministeriales, con lo cual pareciera que el interés de los negociadores es que la población no se entere sobre lo que ahí se discute; y por otro lado, aunque lo económico es el contenido central de los TLC, también la pobreza y los derechos humanos son temas que han sido discutidos en las mesas de negociaciones, por lo que sin duda la aplicación de dichos tratados tendrá efectos directos sobre los derechos humanos de más de 800 millones de personas y la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales. Evidentemente, la forma en que se han negociado estos acuerdos restringe varios derechos importantes para la gobernabilidad democrática que tienen que ver con el acceso a la información y la participación política.

7.3. EL CONTENIDO DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y SUS POTENCIALES EFECTOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

En términos generales, los temas más importantes dentro de los TLC son: *a)* el acceso a mercados; *b)* las inversiones; *c)* los servicios; *d)* las compras del sector público; *e)* la agricultura; *f)* los derechos de propiedad intelectual; *g)* los subsidios *antidumping*

⁵ Para un análisis sobre la relación entre los derechos humanos y la OMC, véase Pipan, Anita, *Los derechos humanos y la OMC*, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2006.

y derechos compensatorios; h) la política de competencia, e i) la solución de controversias. Para América Latina, el acceso al mercado y su impacto en la agricultura es de vital importancia para la seguridad alimentaria, ya que este sector es una fuente fundamental de financiamiento y de subsistencia en la región. A su vez, el tema de las inversiones y la propiedad intelectual tiene implicaciones que van más allá de lo meramente económico, especialmente en lo relacionado con el conocimiento ancestral de los pueblos indígenas y tribales; y por último, muchos de los aspectos mencionados dentro de los TLC constituyen una seria limitación para que los Estados puedan diseñar e implementar políticas públicas de desarrollo, que tal como lo ha señalado la CIDH, junto a “[l]a política económica, al igual que la defensa nacional, constituyen asuntos vinculados estrechamente a la soberanía nacional”.⁶

El acceso a los mercados tiene como objetivo la eliminación gradual de los aranceles en la exportación de las mercancías por sectores productivos, las medidas no arancelarias y las salvaguardias —excepciones a la eliminación de aranceles—. Uno de los sectores más sensibles en este rubro es el sector agropecuario, ya que en América Latina y el Caribe, 25% de la población depende de la agricultura y de este 63.7% vive en la pobreza. El aspecto más controvertido de las políticas de liberalización agrícola incluidas en los TLC son los subsidios a la producción y a la exportación que mantienen los países desarrollados. Por ejemplo, Estados Unidos quiere eliminar cualquier barrera al comercio para poder exportar sus productos, pero al mismo tiempo, la ley agrícola de 2002 —*The Farm Bill*— incrementó la partida presupuestaria para subsidios superando los 180 mil millones de dólares. Esto contrasta con las políticas agrícolas de América Latina, que a partir de los años ochenta disminuyeron los aranceles y otras barreras no arancelarias a la importación, así como el apoyo estatal al campo, cumpliendo con lo dispuesto en los programas de ajuste estructural ordenados por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM).⁷

⁶ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980, 2 de octubre 1980, cap. VI, párr. 5.

⁷ Amat, Patricia y Fried, Mark *et al.*, *Comercio con justicia para las Américas. Agricultura, inversiones y propiedad intelectual, tres razones para decir no al ALCA*, Oxfam Internacional, 2003, pp. 3-8.

Es revelador el hecho de que para 1999 se calculaba que el gobierno de Estados Unidos otorgaba subsidios por 21 mil millones de dólares en promedio a cada productor de tiempo completo; Canadá lo hacía con 9 mil millones de dólares, y México con mil millones, lo cual desvela la clara asimetría en la que compiten los socios comerciales.⁸ Evidentemente, este subsidio permite a los agricultores disminuir los costos y vender más barato, por lo que ante el hecho de que la mayoría de los gobiernos latinoamericanos subsidian poco o nada a sus agricultores, y más aún, los TLC prohíben dichos subsidios, esta situación los coloca en desventaja y desigualdad frente a los agricultores estadounidenses, provocando una infinidad de consecuencias negativas tanto para su subsistencia como para el desarrollo del campo y, en consecuencia, una pérdida de soberanía alimentaria.

En términos generales se podría decir que con la vigencia del TLCAN, la experiencia de México en cuanto al libre comercio ha sido mixta. Ciertamente ha habido beneficios, como el crecimiento de las exportaciones mexicanas a un ritmo rápido del 10% anual durante los años noventa y el aumento de la inversión extranjera directa. Pero por otro lado, los salarios reales han descendido, los productos agrícolas estadounidenses han inundado el mercado y han bajado los precios de los productos nacionales, y la pobreza y la inequidad han incrementado.⁹ Así, la agricultura mexicana se encuentra en una grave crisis a tal grado que México compra en el exterior 50% del arroz y 40% de la carne que consume. Las importaciones de maíz han crecido en 3 000% y el precio del maíz cayó, entre 1993 y 1999, 45%. Desde que entró en vigencia dicho tratado, 6 millones de mexicanos han abandonado el campo y casi 2 millones de hectáreas de tierra se han dejado de cultivar, trayendo consigo un aumento de la migración hacia

⁸ Arroyo Picard, Alberto, *Resultados del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en México: Lecciones para la negociación del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas*, México, Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio-Oxfam Internacional, 2001, pp. 76-77.

⁹ Stiglitz, Joseph E. y Charlton, Andrew, *Fair Trade for all. How Trade can Promote Development*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 23. Traducción libre. En lo sucesivo, entiéndase que todas las citas de documentos en inglés han sido traducidas libremente por el autor de este artículo.

Estados Unidos, por cuyas fronteras cada año pasan de forma in-documentada más de medio millón de mexicanos, del cual, 70% es deportado a México.¹⁰

Con respecto a la propiedad intelectual, si bien teóricamente es un tema que debería establecer un equilibrio entre el interés de los creadores de productos socialmente útiles y los intereses de la sociedad, en virtud del TRIP, se ha favorecido la actividad comercial por encima del interés público y el desarrollo sustentable de los países empobrecidos del Sur, al otorgar a los dueños de las patentes monopolios de hasta 20 años. Bien es sabido que los principales impactos de este acuerdo se producen en las patentes farmacéuticas y agroindustriales, pues las grandes empresas transnacionales buscan dominar la venta y compra de sus productos patentados, aun por encima del interés general. Aunado a lo anterior, la posibilidad de patentar materia viva y los conocimientos sobre el uso de las plantas afecta directamente a los pueblos indígenas y pequeños agricultores de los países en desarrollo, que tienen casi 90% de los recursos biológicos del mundo.¹¹

Como la propiedad intelectual tradicional no está protegida, la regulación permite, mediante una pequeña modificación, apropiarse de esos conocimientos por parte de cualquiera y tener el monopolio de los mismos. A su vez, se limita la posibilidad de producir medicinas genéricas más accesibles para las personas de los países pobres, pese a que la Declaración Ministerial de Doha de 2001, de los países miembros de la OMC, estableció el principio de que la salud pública debe tener la prioridad por encima de los intereses comerciales.¹² No obstante, los

¹⁰ Gómez, Manuel Ángel y Schwentesius Rindermann, Rita, "Impacto del TLCAN en el sector agroalimentario mexicano. Evaluación a 10 años", en AA.VV., *Lecciones del TLCAN: El alto costo del "libre" comercio*, México, Alianza Social Continental-Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio, 2003, pp. 50-53; Arroyo Picard, Alberto, *Resultados del Tratado de Libre Comercio...*, cit., pp. 79-90.

¹¹ Amat, Patricia y Fried, Mark, et al., *Comercio con justicia...*, cit., pp. 23-30.

¹² Dillon, John y Dawkins, Kristin, "Análisis del Borrador del Área de Libre Comercio de las Américas sobre derechos de propiedad intelectual", en AA.VV., *El ALCA al desnudo: Críticas al texto del borrador del Área del Libre Comercio de las Américas de noviembre de 2002*, Alianza Social Continental, 2003, pp. 98-106.

TLC ignoran los principios de dicha declaración y tienden a ir más allá que el TRIP. Por ejemplo, en el marco del TLCA-DR, se obliga a los Estados a ratificar una serie de tratados entre los que destaca el Convenio Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas (UPOV, por sus siglas en inglés) que aumenta la protección de las transnacionales en la producción y suministro de semillas. Pero no se hace mención alguna sobre el Convenio sobre la Diversidad Biológica que reconoce el derecho soberano de los Estados sobre sus propios recursos biológicos. Además, se limita la posibilidad de producir genéricos a cambio del pago de regalías; y establece un nuevo plazo para los derechos exclusivos sobre los datos de prueba, cuya información también se puede utilizar para la comercialización de medicamentos genéricos.¹³

En relación con la soberanía de los Estados, una de las principales asimetrías en los TLC es el diferente efecto que tiene en Estados Unidos y en los países latinoamericanos, de acuerdo con el derecho interno de cada uno. Así, para Estados Unidos, en virtud de su derecho interno, los TLC son solamente acuerdos comerciales, jerárquicamente inferiores a la Constitución y a las leyes federales. Sin embargo, en el caso del DR-CAFTA, por ejemplo, según las constituciones políticas de los países centroamericanos y de República Dominicana, tiene un rango superior a las leyes ordinarias. Obviamente, lo anterior supone un debilitamiento importante del Estado de derecho en los países latinoamericanos, sobre todo si tenemos en cuenta algunos aspectos sobre la limitación que sufren los gobiernos para establecer políticas socioeconómicas encaminadas a proteger y promover los intereses de la población. Además, quienes negocian y firman los TLC son miembros del poder ejecutivo, y una vez que estos tratados llegan a las asambleas legislativas, estas solo pueden aceptarlos o rechazarlos pero no discutirlos para posibles modificaciones. Bajo estos parámetros es evidente la restricción al principio democrático de participación del pueblo mediante sus representantes y al principio del equilibrio de poderes.

¹³ Capítulo Quince. Derechos de propiedad intelectual. Los textos del TLCA-DR y el TLCAN disponibles en <<http://asamblea.racsaco.cr/tlc/tlc.htm>> y <http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/indice1.asp>

Con respecto a las inversiones, los TLC profundizan la tendencia que ha caracterizado a los países latinoamericanos en los últimos años en el marco de las regulaciones previstas por la OMC, en el sentido de que en su pugna por atraer la inversión extranjera, se desregulan los controles sobre el capital, se flexibilizan las leyes laborales y ambientales, y se aumenta la protección de los inversionistas.¹⁴

La regulación de la inversión extranjera se basa en cuatro principios fundamentales:

- a) El principio de trato nacional y nación más favorecida, que implica que los Estados tienen que tratar a las compañías extranjeras al menos con las mismas condiciones que tratan a las nacionales y a los inversionistas de otros países.¹⁵ Así, un Estado no puede, por ejemplo, dar preferencia a pequeñas empresas o a empresas de zonas económicamente deprimidas.
- b) La prohibición de requisitos de desempeño, en virtud de la cual los Estados no pueden regular la inversión para que estas contribuyan a alcanzar objetivos económicos y sociales del país. Por ejemplo, no pueden establecer condiciones a la explotación de recursos naturales que respondan a objetivos nacionales (transferencia tecnológica, servicio a las zonas más deprimidas, entre otros).
- c) La prohibición de expropiación directa o indirecta, lo que implica que los Estados no pueden implementar regulaciones que amenacen con disminuir las ganancias esperadas por las empresas porque podría constituir expropiación indirecta. Por ejemplo, la promulgación de una ley

¹⁴ Pese a que en los TLC hay un capítulo expreso para las inversiones, se considera también que los capítulos de liberalización de servicios —que incluye desde la banca hasta el tratamiento de agua, la electricidad, etc.— y de compras públicas están directamente relacionados con la inversión de capital extranjero.

¹⁵ El TLCAN fue el primero en incluir el principio de trato nacional para las inversiones, ya que anteriormente solo se aplicaba a las mercancías, en Pérez Rocha, Manuel y Porter, Steve, *et al.*, “El proyecto del ALCA y los derechos de los inversionistas. «Un TLCAN Plus»: un análisis del borrador del capítulo de inversiones del ALCA”, en AA.VV., *El ALCA al desnudo...*, *cit.*, pp. 45-46.

para proteger el medio ambiente puede ser considerada una expropiación indirecta si supone una pérdida de beneficios futuros para un inversionista.

- d) El mecanismo de solución de controversias en virtud del cual los inversionistas pueden demandar a los gobiernos ante paneles arbitrales internacionales y exigirles compensaciones cuando incumplan sus compromisos. En otros términos, este tipo de mecanismos otorga a las corporaciones extranjeras derechos especiales para el uso de arbitrajes internacionales al margen de verdaderos controles públicos, sustituyendo a las legislaciones y jurisdicciones nacionales. Contradictoriamente, estos cuatro principios anulan las herramientas políticas y jurídicas que los países desarrollados utilizaron como mecanismos de su propio desarrollo y de protección de los derechos de sus ciudadanos, sobre todo los laborales, los medioambientales y de salud.

Es importante subrayar que en el marco de los TLC, los Estados aceptan que las controversias que se susciten sean resueltas por un laudo arbitral. Sin duda alguna, el arbitraje es un mecanismo que ofrece muchas ventajas en el ámbito del comercio internacional, debido a la celeridad del procedimiento y a la neutralidad que teóricamente lo caracteriza; sin embargo, también se debe reconocer que su éxito depende no solo de sus virtudes sino también de aquellos agentes que lo han promocionado y que han hecho de él un medio idóneo para la resolución de diferencias.¹⁶ En este sentido, resulta preocupante que el derecho a aplicar por un árbitro internacional en caso de controversia es el que hemos analizado a lo largo de este apartado, el cual en muchos aspectos es contrario a las normas relativas a los derechos humanos.

¹⁶ Calvo Caravaca, Alfonso L. y Fernández de la Gándara, Luis, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 41-43. Para estos autores, el arbitraje es “un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basados en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas —por ejemplo, delegando en un tercero imparcial, persona física o jurídica— a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria —el laudo arbitral— que ponga fin a la diferencia entre ellas”, p. 19.

Analicemos uno de los ejemplos más emblemáticos al respecto, en el que la empresa de residuos sólidos Metalclad Corp. demandó al gobierno mexicano ante el Tribunal del Centro Internacional para la Resolución de Disputas sobre Inversiones por impedirle instalar un vertedero en el estado de San Luis Potosí. La sociedad civil de la región, preocupada por su salud y por los posibles efectos sobre el agua potable, logró convencer al gobernador del estado y al gobierno federal a no autorizar semejante proyecto. Sin embargo, el tribunal mencionado declaró inválido el derecho del gobierno mexicano a negar la autorización. Con ello, se envió un mensaje claro en el sentido de que cuando un gobierno promulga medidas de protección a la salud humana, del interés público o del medioambiente se expone a ser demandado por lesionar el “derecho” de los inversionistas. Así, el gobierno mexicano fue condenado a pagar 16,7 millones de dólares a Metalclad Corp. por su negativa a permitir la instalación de un vertedero de desechos tóxicos.¹⁷

En este caso, el tribunal arbitral se pronunció sin ambigüedades sobre el derecho de la empresa e incluso afirmó que la oposición de la sociedad civil había sido “amplia y agresiva” en sus manifestaciones públicas, y que las autoridades competentes “estaban en realidad fuertemente influidas por las presiones sociales y sus consecuencias políticas [...]”. Inexplicablemente, este tribunal ni siquiera consideró los efectos ecológicos de la inversión de esta empresa y afirmó que:

[...] el Tribunal no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el Decreto Ecológico, no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, el Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una inversión de Metalclad, sin pagar a Metalclad una indemnización por la expropiación. México violó

¹⁷ Para un análisis más detallado del caso puede consultarse, Bejarano, Fernando, “El depósito de residuos tóxicos de Metalclad”, en Guadalcázar, San Luis Potosí,” en Salazar, Hilda y Carlsen, Laura (eds.), *Respuestas sociales ante la integración: Impactos socioambientales del TLCAN*, México, Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio, 2001, pp. 17-21.

el artículo 1110 del TLCAN [...] En conclusión, el Tribunal sostiene que “[...] México expropió indirectamente [...]”, porque para el CIADI “[...] estas medidas, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó [...], equivalen a una expropiación indirecta.¹⁸

El ejemplo precedente nos muestra el alcance y las consecuencias que pueden tener los TLC en relación con los derechos humanos, ya que con este laudo arbitral quedó claro que el derecho de los inversionistas estaba por encima del derecho a la salud y a un medioambiente sano.¹⁹ Sobre esta base se puede sostener que los TLC, tal como están estructurados, excluyen o ignoran la obligación genérica de los Estados americanos de respetar y garantizar el libre ejercicio de algunos de los derechos de las personas sujetas a sus jurisdicciones, con lo que parece que el derecho interamericano de derechos humanos corre importantes riesgos ante el avance de la lógica del derecho mercantil de los TLC.²⁰ Por ello, desde diversas instancias de la ONU se ha criti-

¹⁸ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Metalclad Corporation demandante y Estados Unidos Mexicanos, caso núm. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000, las citas textuales corresponden en su orden a los párr. 107, 111-112, consulta 12 mar 2009, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_Sp&caseId=C155>

¹⁹ Para un análisis del impacto del CAFTA-RD en los países pactantes véase, Washington Office of Latin America, *DR-CAFTA and Workers' Rights: Moving from Paper to Practice*, WOLA, Washington, D. C., may, 2009.

²⁰ En este sentido, el Comité DESC ha sostenido que los Estados “deben velar por que en los acuerdos internacionales se preste la debida atención al derecho a la salud [lo que también es aplicable a otros derechos económicos, sociales y culturales], y, con tal fin, deben considerar la posibilidad de elaborar nuevos instrumentos legales. En relación con la concertación de otros acuerdos internacionales, los Estados Partes deben adoptar medida para cerciorarse de que esos instrumentos no afectan adversamente al derecho a la salud. Análogamente, los Estados partes tienen la obligación de velar por que sus acciones, en cuanto miembros de organizaciones internacionales tengan debidamente en cuenta el derecho a la salud. Por consiguiente, los Estados Partes que sean miembros de instituciones financieras internacionales, sobre todo del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, deben prestar mayor atención a la protección del derecho a la salud influyendo en las políticas y acuerdos crediticios y las medidas internacionales adoptadas por esas insti-

cado la renuencia de las instituciones encargadas del comercio internacional a reconocer y respetar el valor fundamental de los derechos humanos,²¹ y se ha ratificado la obligación de *todos* los sectores (actores estatales y no estatales) de respetar y proteger los derechos humanos, en general, y los derechos económicos, sociales y culturales, en particular.²²

No se niega que el comercio entre las naciones es una herramienta fundamental para su desarrollo, pero solo si se realiza en un plano de igualdad real, tomando en cuenta las condiciones de cada país y, sobre todo, constituyéndose en un medio para lograr el bienestar general mediante el respeto y promoción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.²³ Evidentemente, los países desarrollados podrían jugar un importante papel al respecto y, entre otras cosas, deberían asumir

tuciones”, en Comité DESC, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del PIDESC), observación general 14, 2000, párr. 39.

²¹ Al respecto véase Oloka-Onyango, J. y Udagam, Deepika, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights*, Preliminary report submitted by J. Oloka-Onyango and Deepika Udagama, in accordance with Sub-Commission resolución 1999/8 Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/13, 15 jun 2000.

²² CESCR, Statement on Globalization and Economic and Cultural Rights: 11/05/98 (Other Treaty-Related Documents), 18 session, 27 abr-15 may, 1998; Statement of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Third Ministerial Conference of the World Trade Organization, Seattle, 26/11/99, Doc. UN E/C.12/1999/9, 30 nov-3 dic, 1999.

²³ Tal como lo ha señalado Danilo Türk, que muchos Estados abracen románticamente al mercado como la solución definitiva de todos los males de la sociedad, y se dan prisa en desnacionalizar y dejar la economía, la política y los asuntos sociales a los caprichos del sector privado, aunque el tema del día, inevitablemente tiene un impacto en la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Por un lado, el sector privado, en sentido amplio, puede tener un efecto positivo mensurable sobre determinados aspectos de estos derechos, en particular en los ámbitos relacionados con iniciativas de autoayuda para el desarrollo. Por otro lado, sin embargo, la historia ha demostrado suficientemente que numerosos aspectos de la política social no pueden alcanzarse a través de la confianza ciega en las fuerzas del mercado, en *The realization of economic, social and cultural rights*, Final Report submitted by Mr. Danilo Türk, Special Rapporteur, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Forty-fourth session, E/CN.4/Sub.2/1992/16, 3 jul 1992, párr. 98.

seriamente la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar que sus grandes empresas que desarrollan o tienen relaciones económicas y comerciales con los países del Sur, respeten en todo momento las normas internacionales de derechos humanos y no abusen de su poderío económico o de la existencia de vacíos legales en dichos países.²⁴

La experiencia de México con el TLCAN nos advierte que el objetivo de la integración económica debe ser elevar el nivel de vida de la población, pero evidentemente, la liberalización del comercio por sí sola no es suficiente para lograr este objetivo. En consecuencia, el verdadero reto es aplicar la liberalización de forma que favorezca el desarrollo sostenible, en donde los estratos bajos y medios de la sociedad vean aumentados sus ingresos para poder vivir dignamente,²⁵ que no es otra cosa que tener la libertad real de disfrutar el ejercicio de todos sus derechos humanos.

7.4. LAS HERRAMIENTAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO ANTE POSIBLES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

Hoy en día es evidente que los poderes públicos ya no son los únicos capaces de violar los derechos humanos, y que las funciones del Estado están cada vez más dispersas y trasladadas al sector privado, lo que hace difícil trazar una línea clara entre las acciones estatales y las acciones privadas. Por tal razón, es necesario adaptar la función de los derechos humanos a las nuevas circunstancias en el sentido de que, en su doble faceta de derechos subjetivos y normas objetivas del ordenamiento, vinculen tanto a los poderes públicos como a los poderes privados.

En el contexto de los derechos humanos se pueden distinguir tres dimensiones del binomio derechos-obligaciones: a) Las obligaciones verticales, cuando el Estado (*E*) tiene la obligación de hacer o no hacer *X* en sus relaciones con un actor no estatal

²⁴ Amnistía Internacional, Informe de Política exterior y derechos humanos..., *cit.*, p. 48.

²⁵ Stiglitz, Joseph E. y Charlton, Andrew, *Fair trade for all...*, *cit.*, p. 24.

(*N*), porque *N* puede invocar un derecho humano contra *E*; *b*) las obligaciones diagonales, cuando *E* tiene la obligación de proteger a un actor no estatal (*N1*), asegurándose de que otro actor no estatal (*N2*) haga o no haga *X* a *N1*, porque *N1* puede invocar un derecho humano contra *E*; y *c*) las obligaciones horizontales, cuando *N1* debe hacer o no hacer *X* a *N2*, porque *N2* tiene un derecho humano correspondiente a una obligación de *N1*.²⁶

Aunque los derechos humanos han estado asociados principalmente con la primera dimensión —obligaciones verticales— en virtud de su aparición histórica en el contexto de la lucha contra el Estado opresor, el enorme poder acumulado por ciertos actores no estatales —como las empresas transnacionales— presenta el desafío de proteger los derechos humanos de estos poderes privados, lo que en otros términos implica responder a la pregunta de cómo conseguir que el derecho internacional de los derechos humanos se pueda aplicar a las actuaciones u omisiones de las empresas transnacionales. Evidentemente, el principal problema es que no son sujetos de derecho internacional, ya que para este, el Estado es el único responsable de respetar, garantizar y promover el respeto de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción.

Hay un acuerdo doctrinal acerca de la existencia de algún grado de vinculación de los derechos humanos respecto de los actores no estatales en sus relaciones privadas; sin embargo, el desacuerdo se presenta en cuanto al alcance de dicha vinculación, en el sentido de que para unos los derechos humanos tienen una eficacia indirecta en esas relaciones privadas (teoría de la eficacia mediata), mientras que para otros tienen una eficacia directa (teoría de la eficacia inmediata).²⁷

²⁶ Hessbruegge, Jan Arno, “Human rights violations arising from conduct of non-state actors”, en *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 11, 2005, p. 25.

²⁷ Al respecto puede consultarse Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Venegas Grau, María, *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004; y Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Más allá de las posiciones opuestas sobre esta materia, el derecho internacional ha reconocido en ciertas situaciones la eficacia inmediata o directa de los derechos humanos;²⁸ no obstante, teniendo en cuenta la posición mayoritaria en el derecho internacional, debemos asumir la dimensión diagonal de las obligaciones, que en vez de crear deberes directos entre los actores no estatales, exige que los Estados protejan a un actor no estatal de otro en ciertas situaciones.

Se puede argumentar que este enfoque podría ser inefectivo debido a que su naturaleza indirecta hace que el proceso legal para el establecimiento de las respectivas responsabilidades toma demasiado tiempo, y a que los Estados tienen un gran margen de apreciación al respecto. Sin embargo, esta última razón es realmente un argumento a favor para optar por la dimensión de las obligaciones diagonales en el contexto internacional, ya que el propósito de los tratados internacionales de derechos humanos no es limitar las opciones de política pública de los Estados, sino garantizar que las políticas escogidas permitan a las personas ejercer sus derechos y libertades. Aunque tanto la dimensión horizontal como la diagonal pueden regular las relaciones en la esfera privada, la dimensión diagonal deja que los Estados decidan cómo cumplir con su obligación. Así, un Estado podría admitir que las normas internacionales de derechos humanos sean directamente aplicables a las personas en el marco de su derecho interno, mientras que otro podría decidir que dichas normas orienten a los tribunales nacionales al momento de interpretar las normas de derecho privado.²⁹

Incorporando el análisis anterior al contexto del Sistema Interamericano, se pueden observar tres etapas, en las cuales la

²⁸ Para el análisis de algunos ejemplos al respecto véase Jochnick, Chris, “Confronting the impunity of Non-State Actors: New fields for the promotion of human rights”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 21, núm. 1, The Johns Hopkins University Press, feb, 1999, pp. 61-63, y Courtis, Christian, *Derechos sociales ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*, Bilbao, Instituto de Derechos Humanos-Universidad de Deusto, 2007, pp. 53-78.

²⁹ Hessbruegge, Jan Arno, “Human rights violations arising from conduct of non-state actors...”, *cit.*, pp. 27-28.

Corte IDH ha construido toda una teoría sobre la vigencia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. La primera está constituida por un buen número de sentencias que se centran en el análisis de la obligación de respeto y garantía prevista en el artículo 1.1 de la Convención Americana; la segunda se caracteriza por centrar el análisis en el carácter de la norma violada, en el sentido de consagrar la idea de que los derechos reconocidos en el Pacto de San José generan obligaciones *erga omnes* respecto de las actuaciones del Estado y de terceros particulares, y la tercera, en la que, con la adopción de la opinión consultiva 18, se establece definitivamente la eficacia directa de los derechos humanos en las relaciones entre particulares,³⁰ lo cual constituye una herramienta importante de cara a la protección de los derechos humanos frente a los posibles efectos negativos que pudiera tener la vigencia de los TLC.

Cuando un Estado ratifica la Convención Americana o el Protocolo de San Salvador, se compromete a *respetar y garantizar* el ejercicio de los derechos en ellos contenidos (art. 1.1 del Pacto de San José). El deber de respetar implica una prohibición absoluta al abuso de poder por parte del Estado, ya que “el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”.³¹ Más aún, aunque *prima facie* es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención Americana, cometida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, también la responsabilidad estatal puede verse comprometida cuando:

[...] un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional

³⁰ Para un interesante análisis sobre este tema véase, Mijangos y González, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, Madrid, UNED-Centro de Estudios Ramón Areces, 2007, pp. 583-608.

³¹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...*, *supra*, párr. 165.

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.³²

De esta manera, la Corte IDH ha considerado que un Estado incumple con su obligación de respetar los derechos reconocidos cuando no delimita y demarca los límites de la propiedad comunal de las poblaciones indígenas y cuando otorga concesiones a terceros “para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes”.³³

En este sentido, la obligación de respetar requiere que los Estados organicen el poder público para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, extendiéndose esta obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad. De esta manera, si en el marco de los TLC se profundizan los procesos de privatización de los servicios públicos, ello no excusa a los Estados de asegurar que tales empresas presten los servicios respetando los derechos humanos de la población, ya que aunque los Estados:

[...] pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción [...].³⁴

³² *Ibidem*, párr. 172.

³³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párr. 153.

³⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró responsable al Estado de Brasil por la conducta del personal de un centro psiquiátrico privado que ejercía los elementos de autoridad estatal al prestar el servicio público de salud, y que provocó la muerte de un paciente. El Tribunal Interamericano estimó “que los Estados son responsables de regular y fis-

Por su parte, el deber de garantizar incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana, y el deber de restablecer los derechos conculcados y, en su defecto, reparar los daños producidos. Por tanto, los Estados tienen la obligación de proteger a las personas sujetas a su jurisdicción de los actos y omisiones imputables a los agentes que ejercen el poder público, y también a personas o grupos particulares, y no deben tolerar que estos últimos “actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos reconocidos en la Convención”.³⁵

En el contexto de los TLC, la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos es fundamental, ya que es posible denunciar al Estado ante los órganos del Sistema Interamericano si, por ejemplo, permite que alguna empresa transnacional contamine un río con consecuencias negativas para la salud o la vida de las personas; si tolera que empleadores privados restrinjan el derecho a la libertad sindical; si en el marco de los programas de ajuste estructural reduce el presupuesto destinado a la educación y como consecuencia se limita el acceso a la misma a algunos sectores de la sociedad; si otorga concesiones a terceros para la explotación de los recursos pertenecientes a las comunidades indígenas sin escuchar su opinión y sin tomar en cuenta sus intereses, etcétera.³⁶

Si bien los Estados tienen la libertad de otorgar concesiones para explotar sus recursos y abrirse a las inversiones internacionales, la ausencia de regulación, la regulación inapropiada o la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes pueden crear serios problemas al medioambiente y a la salud que se traduzcan en violaciones de derechos humanos protegidos por

calizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud”, en Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes...*, *supra*., párrs. 96-100.

³⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...*, *supra*, párr. 176.

³⁶ Para un excelente análisis al respecto véase, Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales...*, *cit.*, pp. 171-211.

la Convención Americana. Las normas del Sistema Interamericano no impiden ni desalientan el desarrollo, pero exigen que el mismo tenga lugar en condiciones de respeto y garantía de tales derechos, por lo que en caso de haberse cometido anomalías en la explotación de los recursos, tanto el Estado como las empresas concesionarias son responsables de las mismas y ambos tienen la obligación de corregirlas. El Estado tiene, además, la obligación de verificar que tales anomalías sean corregidas.³⁷

En el mismo sentido, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, cuando un Estado permita concesiones para la explotación de recursos naturales, debe garantizar la participación efectiva de los miembros de los pueblos en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de sus territorios; que dichos pueblos se beneficien razonablemente del plan, y que no se emita ninguna concesión dentro de tales territorios, a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión estatal, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.³⁸

Bajo esos parámetros, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones entre particulares, ya que los Estados son los que determinan en su ordenamiento jurídico la regulación de las relaciones entre particulares —derecho privado—, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, so pena de resultar internacionalmente por la violación de tales derechos por parte de los actores no estatales.³⁹ Así las cosas, la obligación contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana se concreta en tres

³⁷ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 24 de abril 1997, cap. III: La situación de los derechos humanos de los habitantes del interior del Ecuador afectados por las actividades de desarrollo.

³⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrs. 126-158.

³⁹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes...*, *supra*, párrs. 146-147.

vertientes respecto de los Estados: a) como una responsabilidad directa; b) como una responsabilidad de adecuar el derecho interno a los estándares convencionales, y c) como una responsabilidad subsidiaria cuando, mediante sus políticas públicas, fomenta acciones y prácticas de terceros que constituyan violaciones de derechos humanos.⁴⁰

7.5. PUEBLOS INDÍGENAS Y PROYECTOS EXTRACTIVOS EN EL MARCO DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

A la luz de los estándares interamericanos, los Estados tienen la obligación de establecer procedimientos destinados a consultar a los pueblos y comunidades con el fin de determinar si sus intereses pueden resultar perjudicados con la ejecución de cualquier proyecto de explotación o aprovechamiento de los bienes naturales existentes en sus territorios. En este sentido, la consulta previa constituye un pilar fundamental para la participación ciudadana, y puede ser una barrera que impida una serie de abusos a los derechos humanos.

Cuando las comunidades consideran que no han sido debidamente consultadas e informadas sobre la aprobación de un proyecto en su territorio, de su posible impacto en la salud, el medioambiente y otros derechos, las relaciones con las autoridades nacionales y las empresas pueden deteriorarse rápidamente y transformarse en conflictos que tienen un alto costo para los derechos humanos en términos de abusos que van desde la propia falta de consulta hasta la intimidación, desplazamientos, homicidios y criminalización de los actos de resistencia y oposición comunitaria.⁴¹

⁴⁰ Mijangos y González, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”..., *cit.*, p. 603.

⁴¹ Slack, Keith, “Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina”, en *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, año 4, núm. 15, Empresa y derechos humanos: una relación compleja, Washington, sep, 2011, pp. 4-5.

En este sentido, los Estados tienen la obligación de establecer la legislación necesaria que evite la violación de los derechos protegidos y derogar aquellas leyes, reglamentos o cualquier otra norma que sea inadecuada para la prevención efectiva de posibles violaciones a derechos humanos. Por tanto, los Estados tienen la doble obligación de suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación al derecho de las comunidades a participar y ser consultadas en relación con toda actividad extractiva en sus territorios, y de expedir normas y desarrollar prácticas conducentes a su efectiva realización.⁴²

De esta manera, los Estados deben establecer normas y prácticas que garanticen la participación real de las comunidades mediante consultas efectivas y absolutamente informadas que permitan que sus miembros den su consentimiento pleno para la realización de cualquier proyecto en sus territorios, lo cual requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso”⁴³ y de los posibles riesgos ambientales y de salubridad que podrían correr, si es que existieran, en caso de aceptar la realización de un proyecto, plan de desarrollo o de inversión.⁴⁴

Para asegurar que la consulta se constituya en un mecanismo efectivo de prevención de conflictos y violaciones a derechos humanos, esta debe regirse por una serie de principios rectores ineludibles. En primer lugar, el principio de *buena fe*, que implica que el Estado realice la consulta en un clima de confianza, con la intención de tomar en cuenta la opinión que expresen los pueblos consultados sin que se les trate de engañar, traicionar o brindar información sesgada o parcial. Así, los procesos de consulta y la decisión de las comunidades no deben considerarse una mera formalidad para legitimar los proyectos.⁴⁵ En este sentido,

⁴² Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú...*, *supra*, párr. 207.

⁴³ CIDH, *Comunidades indígenas maya en el distrito de Toledo vs. Belice*, informe 40/04, Fondo, caso 12.053, 12 de octubre de 2004, párr. 142.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam...*, *supra*, párr. 133.

⁴⁵ *Ibidem*; CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.I/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre 2009, párrs. 315-322; y Juliá Santiago, José Juan, *El derecho a*

“la mera socialización con la comunidad o brindar información no necesariamente cumple con los elementos mínimos de una consulta previa adecuada, en la medida que no constituye un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo”.⁴⁶

En segundo lugar, el principio de *previa* consulta, ya que el momento en que esta se realice es clave para un verdadero ejercicio de decisión por parte de las comunidades posiblemente afectadas. La consulta debe realizarse en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no solamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. El aviso anticipado proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para ofrecer una respuesta apropiada al Estado.

En tercer lugar, el principio de *libertad*, pues un verdadero ejercicio de consulta exige que se realice libre de injerencias externas, coerción, intimidación y manipulación. Por tanto, condicionar servicios sociales básicos como la educación o la salud, reflejados en la construcción de escuelas o centros de salud, supone una coerción con respecto a la libre decisión de las comunidades consultadas, además de una violación a sus derechos económicos, sociales y culturales, que jamás deben ser condicionados a la realización de un proyecto. De esta manera, pretender plantear a las comunidades el dilema entre desarrollarse o continuar en la pobreza puede ser considerado como una forma de coerción.⁴⁷

Y en cuarto lugar, el principio de *información*, en el sentido de que las comunidades deben contar con la suficiente información que les permita tomar una decisión con respecto al proyecto

la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos, 2011, pp. 33-34.

⁴⁶ Corte IDH. *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C. núm. 305, p. 173.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam...*, *supra*, párr. 134; CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales...*, *supra*, párrs. 302-304; Juliá Santiago, José Juan. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas...*, *cit.*, pp. 34-35.

consultado. Esta información debe incluir: a) la naturaleza, envergadura, impacto y alcances; b) la razón u objetivo; c) su justificación; d) su duración y tiempos; e) los lugares y zonas que serán afectados; f) una evaluación del probable impacto económico, social, cultura y ambiental; g) los posibles riesgos y beneficios, y h) los elementos de un posible desplazamiento.⁴⁸

Con respecto a la participación en los beneficios, los Estados deben garantizar que los miembros de las comunidades se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Los Estados tienen la obligación de garantizar la participación de las comunidades en la determinación de los beneficios que producirán los planes o proyectos propuestos, a través de procedimientos apropiados. Por ello, los Estados deben garantizar que en el marco de los procedimientos de consulta previa se establezcan los beneficios que serán percibidos por las comunidades, así como las posibles indemnizaciones por cualquier daño ambiental, teniendo en cuenta sus propias prioridades de desarrollo. La determinación de los beneficios debe ser hecha en consulta con las comunidades y no unilateralmente por los Estados o por las empresas beneficiarias de las concesiones.

Es importante insistir en que no debe confundirse la participación en los beneficios de un proyecto con la dotación de servicios sociales básicos que de cualquier modo corresponde a los Estados proporcionar en virtud de sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales, tales como centros de salud, pavimentación de calles, construcción o reparación de centros educativos, desarrollo de proyectos de electrificación o de servicios de agua potable, entre otros.⁴⁹

Finalmente, en relación con los estudios de impacto, es importante reiterar que los Estados deben garantizar que no se emita ninguna concesión dentro de los territorios de las comunidades, a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente

⁴⁸ Corte IDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales..., *supra*, párrs. 308-314; Juliá Santiago, José Juan. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas...*, *cit.*, p. 36.

⁴⁹ CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales..., *supra*, párrs. 237-244.

capaces, bajo la supervisión estatal, realicen un estudio previo del impacto social y ambiental, que evalúen la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre tales comunidades. El objetivo de estos estudios no solo es tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre los bienes naturales y las personas, sino también asegurar que los miembros de las comunidades tengan conocimiento de los posibles riesgos ambientales, culturales, sociales, económicos y de salud, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Evidentemente, los estudios de impacto deben realizarse y concluirse de manera previa a la aprobación y otorgamiento de las concesiones respectivas, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho de las comunidades a ser informadas acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. De cualquier manera, los Estados no deben aprobar un proyecto que pueda amenazar la supervivencia física o cultural de una comunidad.⁵⁰

7.6. CONSIDERACIONES FINALES

A diferencia de los órganos de la ONU, la CIDH y la Corte IDH no se han pronunciado directamente sobre las posibles afectaciones a los derechos humanos con la implementación de los TLC. Sin embargo, la CIDH dio un paso significativo cuando decidió conceder las dos primeras audiencias sobre este tema durante sus periodos de sesiones. El 22 de octubre de 2004, durante el 121° periodo ordinario de sesiones, la CIDH otorgó a varias ONG del continente una audiencia para que expusieran sus preocupaciones sobre el “Impacto de los procesos de integración económica sobre los derechos humanos en las Américas”; posteriormente, en su 125° periodo extraordinario de sesiones, celebrado en Guatemala, la CIDH otorgó una audiencia general el 19 de julio de 2006 a varias ONG centroamericanas —junto con el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)—, para que expusieran sobre la “Violación de los derechos humanos pro-

⁵⁰ *Ibidem*, párrs. 232-233 y 245-267.

tegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos incurridos en la negociación, firma y ratificación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana”.

En esta última audiencia, las organizaciones solicitaron a la CIDH, entre otras cosas, que preparara un informe conforme al artículo 41 del Pacto de San José sobre la afectación de los derechos humanos por los TLC y que procediera a activar la competencia consultiva de la Corte IDH formulando la siguiente pregunta:

Quando un Estado parte asume compromisos o tratados comerciales internacionales, los cuales tendrán calidad de leyes internas dentro de su jurisdicción y mediante los cuales reducirá su capacidad de garantizar el desarrollo progresivo de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de grandes grupos poblacionales, ¿cuáles serán los efectos jurídicos de dichos compromisos o tratados internacionales de cara a las obligaciones emanadas del artículo 1.2 en relación con el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos 1 y 3 del Protocolo de San Salvador?⁵¹

Pese a que la CIDH dio a entender que solo abordaría este tema cuando se le presentaran casos que contuvieran denuncias de violaciones concretas de derechos humanos por la implementación de los TLC, el simple otorgamiento de las dos audiencias es una buena señal respecto de la creciente preocupación que genera para este órgano interamericano los efectos de la vigencia de tales tratados sobre los derechos humanos en el continente. Así, es importante que la sociedad civil ejerza un monitoreo permanente sobre los efectos de la vigencia de los TLC en los

⁵¹ AA.VV., *Violación de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos incurridos en la negociación, firma y ratificación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana*, Audiencia General “Tratado de Libre Comercio y Derechos Humanos en Centroamérica”, celebrada durante el 125° periodo extraordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ciudad de Guatemala, 19 de julio de 2006, p. 12 (copia del documento en manos del autor), disponible en <http://www.bilaterals.org/article.php?id_article=5343>

derechos humanos para construir un caso que pueda ser sometido a conocimiento de los órganos del Sistema Interamericano y comenzar a generar jurisprudencia al respecto.

Pero mientras se activan las competencias de ambos órganos para hacer frente a esta nueva amenaza a los derechos humanos, las organizaciones deben hacer uso de los precedentes legales y las directrices que tanto la CIDH como la Corte IDH han construido en relación con las obligaciones estatales relativas al debido proceso, la transparencia, el monitoreo de los programas de desarrollo, los estudios de impacto ambiental, la consulta y la participación de las comunidades en los proyectos de desarrollo y la explotación de recursos. Estas herramientas representan un punto de partida para la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales frente a los TLC y pueden proporcionar insumos importantes para exigir que los actores no estatales también cumplan con la obligación de respetar los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador y en los demás instrumentos interamericanos en la materia.⁵²

Indudablemente, existe una triple obligación estatal para prevenir posibles violaciones a derechos humanos en el marco de los TLC, a saber: *a)* garantizar el derecho a la consulta previa e informada; *b)* asegurar la participación de los que tradicionalmente se han visto marginados o excluidos de los procesos de toma de decisiones, y *c)* establecer salvaguardias y mecanismos adecuados para garantizar que tales actividades no causen daños ambientales que afecten la vida, la salud, los medios tradicionales de subsistencia y la cultura de las personas y sus comunidades.

⁵² Jochnick, Chris, “Confronting the impunity of Non-State Actors: New fields for the promotion of human rights”..., *cit.*, pp. 78-79.

VIII. Características de los derechos fundamentales frente a los derechos patrimoniales a la luz de la teoría de Luigi Ferrajoli

8.1. INTRODUCCIÓN

Ferrajoli propone la siguiente definición de derechos fundamentales:

[S]on todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.¹

El profesor italiano plantea que su definición responde a la pregunta ¿qué son los derechos fundamentales?, subrayando que

¹ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos...*, cit., p. 19; también véase “Derechos fundamentales”, en *Derechos y garantías...*, cit., p. 37. En su obra, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011; Ferrajoli denomina “«derechos fundamentales» a todos aquellos derechos que corresponden universalmente a «todos» en cuanto «personas naturales», en cuanto «ciudadanos», en cuanto personas naturales «capaces de obrar» o en cuanto «ciudadanos capaces de obrar»”, p. 686.

la misma puede ser respondida dependiendo del sentido en que se interprete o del plano en que nos situemos. Así, si se interpreta en el sentido de ¿cuáles son?, la respuesta será “iuspositivista”, dada por el derecho positivo o la dogmática constitucional o internacional, porque se refiere a los derechos considerados fundamentales en un ordenamiento jurídico concreto como el hondureño, italiano, mexicano o el español, así como por el ordenamiento jurídico internacional a través de las normas de carácter consuetudinario o convencional.²

Si se interpreta en el sentido de ¿cuáles deben ser?, la respuesta será de tipo “axiológico” o “iusnaturalista”, dada por la filosofía política, pues pertenece al ámbito de la moral o de la política; se trata de una respuesta de tipo no asertivo sino normativo, por lo que es necesario formular los criterios metaéticos y metapolíticos idóneos para identificarlos, que para Ferrajoli son tres: a) el nexo entre derechos humanos y paz; b) el nexo entre derechos e igualdad, y c) el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil.

Finalmente, Ferrajoli plantea que su definición es dada desde la teoría del derecho y se caracteriza por ser teórica y estrictamente formal o estructural, ya que los derechos fundamentales son identificados con los derechos adscritos a todos en cuanto personas, ciudadanos capaces de obrar, y no expresa nada sobre los contenidos de los mismos, sino que únicamente intenta identificar la forma o estructura lógica de tales derechos.³

Es oportuno resaltar lo que diferencia a esta definición formal de otras definiciones como las tautológicas y las teleológicas. Las definiciones tautológicas no aportan elementos nuevos para caracterizar los derechos, ya que consisten simplemente en señalar que son aquellos que pertenecen a la persona por el mero hecho de ser persona; las teleológicas apelan a ciertos valores últimos,

² Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos...*, cit., pp. 289-290; véase también “Sobre los derechos fundamentales”, trad. de Miguel Carbonell, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 15, jul-dic, 2006, México, IJ-UNAM, pp. 116-117.

³ *Idem.*

susceptibles de diversas interpretaciones; y finalmente, las formales no especifican el contenido de los derechos y se limitan a indicar algún presupuesto sobre su estatuto deseado o propuesto.⁴

Por su parte, Alexy señala que ante la pregunta sobre las propiedades que debe tener un derecho para ser fundamental, se pueden dar tres respuestas que corresponden a: a) la concepción formal; b) la concepción material, y c) la concepción procedimental. En ese sentido, la definición formal “se basa en la manera en que está dispuesta la normatividad de derecho positivo de los derechos fundamentales”, los cuales son todos los derechos clasificados por una Constitución en un catálogo especial. Esta definición tiene la ventaja de su simplicidad, pero tiene la desventaja de que muchas veces las constituciones también establecen como fundamentales derechos que están fuera de ese catálogo.⁵

El profesor alemán reconoce que los conceptos formales son útiles desde un punto de vista práctico, pero considera que en su trasfondo debe haber siempre una concepción material de derechos fundamentales, la cual los define como derechos del individuo y como derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo. Finalmente, señala que la concepción procedimental enlaza elementos formales y materiales, ya que como derechos constitucionalmente positivados, enajenan a la mayoría simple en el Parlamento la competencia para tomar decisiones libres que afecten su espacio.⁶

Una de las cuestiones importantes derivadas de la definición planteada por Ferrajoli es que sirve de base para visibilizar la radical diferencia estructural entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales. En este sentido, a través de su propuesta introduce un ejercicio de vinculación y desvinculación de los derechos fundamentales. Por un lado, se centra en desvincular la categoría de estos derechos de la de los “derechos patrimoniales”

⁴ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 27.

⁵ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 21-22. La cita textual corresponde a la p. 21.

⁶ *Ibidem*, pp. 23-31.

y, por otro, insiste en vincular los “derechos fundamentales” con la categoría de los “derechos subjetivos”.

En este contexto, señala que aunque los derechos fundamentales comparten con los derechos patrimoniales su calidad de derechos subjetivos, entre ellos existen varias diferencias sustanciales que hacen de los segundos derechos, no fundamentales. Estas diferencias consisten en que los primeros son universales, indisponibles, inalienables y no negociables, mientras que los segundos son singulares, disponibles, alienables y negociables.

Nuestro autor advierte que estas diferencias siempre han estado ocultas debido al uso de la expresión “derecho subjetivo” para designar realidades jurídicas diversas y opuestas entre sí, lo cual se explica con las distintas ascendencias teóricas de las dos categorías de derechos: la filosofía iusnaturalista y contractualista de los siglos XVII y XVIII por lo que se refiere a los derechos fundamentales, y la tradición civilista y romanista en relación con los derechos patrimoniales.⁷

En tal sentido, esta mezcla de ambas categorías está presente en pensadores tan influyentes como Locke, quien a la pregunta ¿cuáles son los derechos fundamentales?, responde que son la vida, la libertad y la propiedad privada.⁸ Desde ese momento, esta última es considerada como un derecho natural, a tal punto que se ha hecho omnipresente en todas las cartas de derechos humanos, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, así como en la totalidad de las constituciones políticas de las sociedades contemporáneas.

No obstante, hay que matizar que este derecho de propiedad también es reconocido, fomentado y garantizado en su más am-

⁷ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 25.

⁸ Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, trad., pról. y notas de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 38: “[...] y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla, que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones”; en general, sobre la propiedad, véase cap. V, pp. 55-75.

plio concepto de función social y limitado por motivos de necesidad o de interés público —constituciones hondureña, española, entre otras— o tiene un estatuto secundario que no le atribuye la protección mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional —Constitución española—.

De cualquier manera, es de advertir que esta inclusión filosófica de la propiedad privada dentro de la categoría de los derechos fundamentales ha servido de fundamento clave para sostener el tradicional discurso liberal que tiende a mercantilizar varias esferas de la vida y que convierte la fuerza laboral en una mercancía más.⁹

Por ello, al dar una mirada actualizada al pensamiento de Locke, se comprende que su discurso está en la base del capitalismo como modelo de las relaciones sociales en el que el trabajador vende su fuerza de trabajo al capital a cambio de un salario. Como lo señala Macpherson, este “carácter posesivo se halla en la concepción democrático-liberal del individuo que es visto esencialmente como propietario de su propia persona o de sus capacidades sin que deba nada a la sociedad por ellas”.¹⁰

Este pensamiento ha influido decisivamente para que el derecho de propiedad ocupe un lugar muy importante en el pensamiento político-jurídico desde Locke hasta nuestros días, incluso, que sea considerado más fundamental que otros contenidos e intereses esenciales para la dignidad humana. En ese sentido, si lo comparamos con la mayoría de los derechos sociales, su protección y garantía se ha positivizado de tal forma que se ha convertido en un derecho más consistente a la hora de acudir ante las instancias jurisdiccionales. Aunado a lo anterior, hay que tener en cuenta que la cuestión de la propiedad abarca toda una serie de problemáticas que no se limitan al mero conflicto de la tierra, sino que también implica serias restricciones a otros derechos fundamentales.

⁹ *Ibidem*, p. 56: “Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo”.

¹⁰ Macpherson, C. B., *La teoría del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, trad. de Juan Ramón Capella, Madrid, Trotta, 2005, p. 15.

Por poner un ejemplo, la problemática de la tierra que se vive en Brasil, México o Centroamérica —particularmente Honduras—, no solo está limitada a la reforma agraria o al respeto de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas y tribales, sino que en su contorno subsisten causas y consecuencias que tienen que ver con la protección del ambiente, la migración del campo a la ciudad, la formación de cinturones de miseria alrededor de las grandes ciudades que no pueden responder a las necesidades de empleo, vivienda, salud, seguridad, escolaridad, etc., con los nuevos contingentes migratorios y, sobre todo, con la violencia institucional y la desidia del Estado ante la violencia organizada en contra de campesinos, indígenas y defensores del medioambiente. Por tanto, es evidente que la cuestión de la propiedad privada y los conflictos que genera afectan directamente tanto a los derechos civiles y políticos como a los sociales.

8.2. UNIVERSALIDAD *VERSUS* SINGULARIDAD

La primera diferencia que Ferrajoli señala es la universalidad de unos frente a la singularidad de los otros. En esa línea, los derechos fundamentales son “universales” (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que ostentan su titularidad; mientras que los derechos patrimoniales son derechos “singulares” (*singuli*), en el mismo sentido lógico de que para cada sujeto existe un titular determinado con exclusión de todos los demás. Por tanto, “los primeros están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida; los segundos pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad”.¹¹

Esta universalidad puede ser entendida en tres sentidos: *a*) universales, no solo por nunca ser realizables de una vez y perfectamente para todos y ser en consecuencia permanentemente normativos, sino también porque corresponden igualmente a todos; *b*) no son intercambiables ni acumulables, sino que permanecen siempre iguales a sí mismos para cada persona, y *c*) por ser personalísimos, son indivisibles en el sentido de que su falta

¹¹ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 30.

o su injusta privación viola el propio valor de la persona y, por consiguiente, el de todas las personas.¹²

Debido a ello, los derechos fundamentales también son “inclusivos” y fundamentan la “igualdad jurídica o en derechos”, mientras que los derechos patrimoniales son “exclusivos” y se encuentran en la base de la “desigualdad jurídica o en derechos”. En ese sentido, todos somos igualmente libres de profesar nuestra propia religión, de no ser sometidos a torturas, de disponer de nuestras pertenencias e igualmente del derecho a la asistencia sanitaria o a la educación. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas diversas y en medida diversa, por ejemplo, yo soy propietario de este vestido o de la casa en que habito, o sea, de objetos distintos de aquellos de los que otros, y no yo, son propietarios.¹³

Con esta clarificación, Ferrajoli cree resolver algunas aparentes aporías, dado que cuando hablamos del “derecho de propiedad” como un derecho civil semejante a los derechos de libertad, se alude implícitamente al derecho a convertirse en propietario vinculado a la capacidad jurídica, así como al derecho a disponer de los bienes de su propiedad, ligado a la capacidad de obrar.¹⁴

Así como estos dos derechos fundamentales son diversos de los derechos reales (*ius in re*) sobre un bien determinado, también el derecho fundamental de inmunidad frente a agresiones es desemejante del derecho patrimonial de crédito al resarcimiento de un daño. Además, si se asume que la universalidad es característica de los derechos fundamentales, entonces no hay razón para excluir de esta categoría a los derechos sociales, cuya universalidad no está en duda.¹⁵

Por tanto, los derechos fundamentales son personalísimos —al contrario de los derechos patrimoniales—, por lo que su nexos con el valor de la persona y con la igualdad permite identificar a

¹² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 911.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibidem*, p. 31.

¹⁵ *Idem.*

su conjunto con la esfera de la tolerancia, y a sus violaciones con la esfera de lo intolerable.¹⁶

A la par de esta distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, Ferrajoli también distingue los bienes en dos grandes clases: los *bienes patrimoniales*, en tanto objeto de derechos patrimoniales, y los *bienes fundamentales*, en tanto objeto de derechos fundamentales, particularmente los derechos primarios, que nuestro autor ha dividido en “libertades frente a”, “libertades de” y “derechos sociales”.

A partir de esta distinción tripartita de tales derechos, él distingue a su vez los bienes fundamentales en: *a) bienes personalísimos*, los cuales son objeto de “libertades frente a”, es decir, de inmunidades *erga omnes*, siendo utilizables y accesibles únicamente por quien los posee como parte integrante de su cuerpo, tales como sus órganos y su integridad; *b) bienes comunes*, que son objeto de “libertades de”, es decir, de libertades-facultad consistentes en el derecho de todos a acceder a su uso y disfrute, como el medioambiente, y *c) bienes sociales*, los cuales son objeto de derechos sociales, como el agua o la alimentación.¹⁷

Aunque más adelante volveremos sobre el tema de los bienes, antes de concluir este apartado se debe reafirmar que aunque la definición teórica de Ferrajoli no nos dice nada sobre los contenidos e intereses a proteger, sí nos permite identificar la estructura de los derechos fundamentales y, por tanto, garantizar su sustracción de la disponibilidad política y mercantil a través de su formulación en forma de regla general y, por consiguiente, de su concesión igual a todas las personas.¹⁸

8.3. INDISPONIBILIDAD E INALIENABILIDAD ACTIVA Y PASIVA

La segunda diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales se encuentra intrínsecamente unida a la primera,

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 908.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho...*, cit., pp. 733-734.

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales...”, cit., p. 117.

y está referida a la indisponibilidad, inalienabilidad, inviolabilidad e intransigibilidad de los primeros, frente a la disponibilidad, negociabilidad y alienabilidad natural de los segundos. En ese sentido, los derechos fundamentales son personalísimos y permanecen invariables, mientras que los derechos patrimoniales se acumulan, pueden venderse o cambiarse.¹⁹

Los derechos patrimoniales sufren alteraciones y pueden extinguirse por su ejercicio, mientras que los derechos fundamentales permanecen invariables, independientemente de la forma en que son ejercidos. “Se consume, se vende, se permuta o se da en arrendamiento un bien de propiedad. En cambio, no se consumen y tampoco pueden venderse el derecho a la vida, los derechos a la integridad personal o los derechos civiles y políticos”.²⁰ En esa línea, mientras los derechos patrimoniales son poderes que se adquieren mediante un título que es ejercido a través de actos potestativos, los derechos fundamentales son inmunidades o facultades reconocidas a todos con independencia de cualquier título.²¹

La indisponibilidad de los derechos fundamentales implica que: a) los sujetos titulares de los mismos no gozan de la potestad para alienarlos en virtud de la indisponibilidad activa, y b) otros sujetos, incluido el Estado, no tienen la autoridad para expropiarlos o limitarlos, en virtud de su indisponibilidad pasiva. De ahí que estos derechos impongan límites a sus propios titulares y a otros sujetos, en el sentido de imposibilitar su enajenación por parte de los primeros, y su privación por parte de los segundos.²²

Es evidente la vinculación de esta diferencia con la primera, dado que la singularidad de los derechos patrimoniales permite que puedan ser objeto de cambio en el mundo mercantil y susceptible de expropiación por causa de utilidad pública, como sucede con el derecho de propiedad en la mayoría de las constituciones contemporáneas; mientras que la universalidad de los derechos fundamentales los excluye de dicho mundo.²³

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 31.

²⁰ *Ibidem*, p. 32.

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *cit.*, pp. 908-909.

²² Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 32.

²³ *Idem*.

De este modo, para Ferrajoli, estas diferencias convalidan su noción formal de derechos fundamentales, ya que su fundamentalidad no radica en los valores que protegen, sino en que son universales e indisponibles. Por tanto, estos derechos constituyen un límite a los poderes públicos y a la autonomía de sus propios titulares, lo cual puede ser considerado como una insuperable cuestión paternalista, pues sin esos límites, los derechos serían alienables y, en consecuencia, “también la libertad de alienar la propia libertad de alienar sería alienable, con un doble resultado: que todos los derechos fundamentales cesarían de ser universales [...] y que la libertad de alienar los propios derechos [...] comportaría el triunfo de la ley del más fuerte, el fin de todas las libertades y del mercado mismo y, en último análisis, la negación del derecho y la regresión al estado de naturaleza”.²⁴

Para finalizar este apartado es preciso volver a la distinción que Ferrajoli hace entre bienes personalísimos, bienes comunes y bienes sociales, ya que para él existe una profunda diferencia de estructura entre ellos, la cual reside en su indisponibilidad. Así, los dos primeros —personalísimos y comunes— son objeto de derechos individuales negativos a los que llama *derechos biológicos*, a la integridad personal y *derechos ecológicos*, consistentes en expectativas negativas a los que corresponden, como garantías, los límites fundamentales especificados por las respectivas prohibiciones *erga omnes* de lesión, entendida también como su autónoma disposición de hecho, debido a la indisponibilidad jurídica de los respectivos derechos.

En cambio, los bienes sociales son objeto de derechos positivos consistentes en “expectativas positivas a las que corresponden, como garantías, los vínculos fundamentales especificados por las respectivas obligaciones públicas, igualmente *erga omnes*, de proporcionar las prestaciones pertinentes”.²⁵

Bajo estos parámetros, los bienes sociales son objeto de los derechos sociales a su prestación, en tanto no pertenecen y no son accesibles naturalmente a cuantos hacen uso de ellos; por

²⁴ *Ibidem*, pp. 32-33.

²⁵ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho...*, cit., p. 735.

ejemplo, los alimentos o los fármacos esenciales que no son bienes ontológicamente fundamentales, sino que, por lo común, son bienes patrimoniales y artificiales y, por tanto, disponibles, pero que se transforman en bienes fundamentales gracias a las normas tético-deónticas que disponen los derechos sociales que los tienen por objeto.

Al contrario, los bienes personalísimos y los comunes son naturales, cuya garantía como objetos de otros tantos derechos negativos reside en su indisponibilidad, la cual, en el caso de los primeros (personalísimos), se halla conectada al hecho de que el cuerpo humano “forma un todo con la persona, y por tanto al principio de que las personas no son objetos ni cosas”, mientras que en el caso de los segundos (comunes), la indisponibilidad está conectada al hecho de que son patrimonio común de la humanidad “compuesta por los derechos de uso y disfrute adscritos a todos los seres humanos en cuanto componentes del género humano”.²⁶

En conclusión, esta indisponibilidad de los bienes es diferente a la de los derechos fundamentales, pues mientras la indisponibilidad de tales derechos y la disponibilidad de los derechos patrimoniales son de tipo alético —en el sentido de que son el resultado de la universalidad de los primeros y de la singularidad de los segundos—, “la indisponibilidad de los bienes personalísimos y de algunos de los comunes es de tipo deóntico, consistiendo en el hecho de que su disposición está excluida en virtud de una prohibición absoluta o *erga omnes*”.²⁷

8.4. NORMAS TÉTICAS Y NORMAS HIPOTÉTICAS

La tercera diferencia se relaciona con la estructura jurídica de los derechos, pues en el caso de los derechos patrimoniales, su disponibilidad hace que cedan ante cualquier acontecimiento jurídico que constituya una modificación o extinción; en otras palabras, tienen por título actos de tipo negocial, como los con-

²⁶ *Ibidem*, pp. 735-736. Las citas textuales corresponden a la p. 736.

²⁷ *Idem*.

tratos o los testamentos, a diferencia de los derechos fundamentales que “tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que son todos *ex lege*, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional”.²⁸

Mientras que los derechos fundamentales son normas, los derechos patrimoniales son predispuestos por normas; es decir, los primeros se identifican plenamente con las propias normas que los atribuyen, y los segundos son siempre actuaciones singulares dispuestas por actos a su vez singulares y predispuestas por las normas que los prevén como sus efectos. De esta forma, las del primer género son normas téticas, mientras que las segundas son normas hipotéticas. Es importante advertir que, dentro de las normas téticas, también se incluyen las que imponen obligaciones o prohibiciones y, dentro de las segundas, no solamente las normas del código civil que predisponen derechos patrimoniales, sino también obligaciones civiles como efectos de actos contractuales.²⁹

Además, mientras que las primeras expresan la dimensión nomoestática del ordenamiento, las segundas enuncian su dimensión nomodinámica, y ello significa que mientras el ejercicio de los derechos patrimoniales puede producir derechos y obligaciones tanto en la esfera jurídica propia como en la de otros, el ejercicio de los derechos fundamentales consiste en simples comportamientos despojados de efectos jurídicos en el ámbito de otros sujetos.³⁰

En conclusión, para el profesor italiano los derechos fundamentales: *a)* son ellos mismos normas téticas, pues se identifican con las reglas que los establecen, a diferencia de los derechos patrimoniales, que están no dispuestos sino predispuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos negociales por ellos previstos, y *b)* son normas sustantivas sobre la producción legislativa, “dado que disciplinan no la forma, sino la sustancia de las normas producidas, vinculándola a la garantía de paz y de los derechos vitales en la que reside la razón social de la democracia constitucio-

²⁸ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 33.

²⁹ *Ibidem*, pp. 33-34.

³⁰ *Ibidem*, p. 34.

nal". Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión no es más que el significado del artículo de la Constitución que enuncia la norma constitucional mediante la que tal derecho es conferido, mientras que un derecho patrimonial nunca es él mismo una norma, sino que solo está "predispuesto por una norma como efecto de los actos por ella tomados como hipótesis".³¹

Ante la afirmación de Ferrajoli de que los derechos fundamentales son normas, considero importante resaltar que Robert Alexy plantea que aunque existen estrechas conexiones entre el concepto de norma de derecho fundamental y el de derecho fundamental, ello no significa que no exista la necesidad de distinguir un concepto del otro. En esa línea, señala que "siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho [... y que] es dudoso que valga lo inverso".³²

Por tanto, si la existencia de un derecho fundamental presupone la vigencia de su correspondiente norma de derecho fundamental, es necesario determinar exactamente qué es este tipo de norma. En ese sentido, es evidente que toda norma de derecho fundamental es, en primer lugar, una norma. Consecuentemente, las mismas comparten los problemas similares del concepto de norma en general, debido a que es usada con diferentes significados tanto en el lenguaje común como en el lenguaje de otras ciencias.³³

Para lo que aquí nos interesa, la pregunta ¿qué son normas de derecho fundamental? puede ser planteada de forma abstracta cuando los criterios que definen una norma iusfundamental son independientes de su pertenencia a un orden jurídico determinado; y de forma concreta, cuando nos preguntamos qué normas son o no son fundamentales en un ordenamiento jurídico preciso —el español, el alemán, el mexicano, el hondureño, etc.—³⁴

³¹ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia...*, cit., p. 22.

³² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, cit., p. 47.

³³ Aquí no nos detendremos a determinar el concepto de norma y de norma de derecho fundamental, para ello remitimos a *ibidem*, pp. 47-80.

³⁴ *Ibidem*, p. 62.

Tomando en consideración lo anterior, en primer lugar me parece que Ferrajoli no se detiene en la distinción entre norma de derecho fundamental y derecho fundamental propiamente dicho, tal como lo sugiere Alexy³⁵ y, en segundo lugar, deduzco que realiza la pregunta ¿qué son normas iusfundamentales? desde un ámbito abstracto, dado que estipula sus criterios definitorios, independientemente de que estén formulados o no en cartas constitucionales o en normas de derecho internacional.

8.5. VERTICALIDAD Y HORIZONTALIDAD

Finalmente, para Ferrajoli, la cuarta diferencia nos ayuda a comprender la estructura del Estado constitucional de derecho y consiste en que mientras que los derechos patrimoniales son horizontales, los derechos fundamentales son verticales.³⁶

Esto en un doble sentido: *a*) mientras que las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilista, las relaciones entre los titulares de los derechos fundamentales son de tipo publicista, y *b*) mientras que a los derechos patrimoniales les corresponde la obligación general de no lesión en el caso de los derechos reales, y la obligación de deber en el caso de los derechos personales o de crédito, a los derechos fundamentales, cuando tengan expresión en normas constitucionales, les atañen prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado. En tal sentido, estos se constituyen

³⁵ El propio Ferrajoli señala que, a diferencia suya, Alexy distingue expresamente entre derechos fundamentales y normas sobre derechos fundamentales; también en otro momento plantea que “las normas sobre derechos fundamentales están dotadas de rigidez absoluta porque no son más que los mismos derechos fundamentales establecidos como *inviolables* [...] ellos mismos *son* normas; Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, *cit.*, p. 33, nota de pie de página 18 y p. 38; a su vez, en otro lugar plantea que si las normas constitucionales sustanciales no son sino los derechos fundamentales, estas nos pertenecen a todos, quienes somos sus titulares; Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho...*, *cit.*, p. 172.

³⁶ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos...*, *cit.*, p. 34.

en condición de legitimidad de los poderes públicos y determinan la sustancialidad de la democracia.³⁷

Aunque Ferrajoli sostiene que la correlación de los derechos con los deberes sirve para redefinir la extensión de los primeros en las relaciones entre particulares,³⁸ no me resulta claro si cuando señala que los derechos fundamentales son verticales, al ser relaciones del individuo solo o también frente al Estado, descarta la posibilidad del efecto horizontal de los mismos. Si fuera así, es preciso realizar una matización al respecto.

La constitucionalización e internacionalización de los derechos fundamentales ha permitido reconocer, en mayor o menor grado, la eficacia de estos en las relaciones entre particulares, como lo demuestra la llamada *Drittwirkung* de la doctrina constitucional alemana, así como los avances jurisprudenciales en materia de derecho internacional de los derechos humanos. Ambos aspectos nos hacen pensar que la línea divisoria entre la horizontalidad y la verticalidad, que aparentemente plantea Ferrajoli, tiende a difuminarse.

En relación con la *Drittwirkung*, Alexy señala que si ante la pregunta sobre la influencia de las normas de derechos fundamentales en el sistema jurídico se responde que se limita simplemente a la relación entre el Estado y los ciudadanos, esta respuesta es incompleta, ya que el hecho de que a los derechos del individuo frente al legislador pertenecen, entre otros, derechos de protección frente a los otros ciudadanos y a determinados contenidos del derecho civil, demuestra que las normas iusfundamentales también tienen influencia en la relación ciudadano/ciudadano.³⁹

³⁷ *Ibidem*, pp. 34-35.

³⁸ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho...*, cit., p. 616.

³⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 506-507: "Esta influencia es especialmente clara en el caso de los derechos frente a la justicia civil. Entre los derechos frente a la justicia civil se encuentran derechos a que sus fallos no lesionen con su contenido derechos fundamentales. Esto implica un efecto, cualquiera que sea su construcción, de las normas iusfundamentales en las normas del derecho civil y, con ello, en la relación ciudadano-ciudadano". Para una visión general de los derechos

No obstante, el reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no es del todo pacífico, ya que se objeta especialmente que la teoría de la *Dritt-wirkung* es incompatible con el principio de autonomía privada que habilita a los individuos a regular el contenido de sus relaciones con otros. Frente a ello, hay que señalar que tal incompatibilidad solo se manifiesta si concebimos el principio de autonomía de forma absoluta —concepción clásica—, y no como se entiende hoy, condicionado por los principios de justicia y de utilidad, y por tanto, limitando el alcance de la voluntad de las partes, justamente para garantizar que su consentimiento sea la auténtica expresión de la autonomía.⁴⁰

En ese orden de ideas, Alexy concluye que es generalmente aceptado que las normas iusfundamentales tienen un efecto horizontal y que lo que realmente está en discusión es cómo y en qué medida ejercen tal influencia en las relaciones entre particulares. En relación con el *cómo*, considera que se trata de un problema de construcción, mientras que en relación con *en qué medida*, se trata de un problema de colisión. Ambos problemas resultan de una distinción elemental en las relaciones entre los sujetos implicados, dado que en la relación Estado-ciudadano, el primero es un no titular de derecho fundamental, y el segundo es un titular de derecho fundamental, mientras que en la relación ciudadano-ciudadano, ambos sujetos son titulares de derechos fundamentales.

Sin permitirme entrar en el fondo de la cuestión, Alexy plantea que se pueden distinguir tres teorías de la construcción: a) la del efecto mediato a terceros; b) la del efecto inmediato, y

de protección, véase pp. 435-454; y para un análisis ampliado sobre la horizontalidad de los derechos fundamentales véase pp. 506-524.

⁴⁰ Venegas Grau, María, “Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada”, en *Seminario de Filosofía del Derecho*, sesión 7, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 22 de mayo de 2000, pp. 20-21. Para un análisis más amplio véase Venegas Grau, María, *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid, Marcial Pons, 2004; y Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, CEPC, 2000.

c) la del efecto producido a través de derechos frente al Estado. Basta decir que todas tienen alcances diferentes, pues mientras que la primera y la segunda apuntan al juez, la tercera abarca al legislador y al juez. Estas tres teorías, al aceptar que los sujetos —ciudadano-ciudadano— son titulares de derechos fundamentales, admiten gradaciones en su eficacia, y consideran la medida del efecto como una cuestión de ponderación.⁴¹

También es importante señalar que el considerar cada teoría por separado como si fuera la correcta, en exclusión de las otras, las hace a todas inadecuadas, ya que cada una de ellas acentúa correctamente algunos de los aspectos de las relaciones horizontales. Ante ello, Alexy cree necesario esbozar los rasgos esenciales que abarquen todos los aspectos para obtener una solución completa.

Por ello, propone un modelo que se divida en tres niveles: a) el de los deberes del Estado; b) el de los derechos frente al Estado, y c) el de las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado. Gracias a estos tres niveles, el efecto en terceros es siempre inmediato, entendido no como si solo existiera el nivel del efecto inmediato en terceros en sentido estricto, sino teniendo en cuenta la existencia de los tres niveles, cada uno referido a un aspecto específico. En ese sentido, la elección del nivel pertinente en cada caso en la respectiva fundamentación jurídica, será una cuestión de funcionalidad, pero sin que ello implique primacía de ninguno de ellos sobre el resto.⁴²

Es importante resaltar que la cuestión sobre la *Drittwirkung* se sitúa dentro de un análisis más general acerca de la influencia de la Constitución en las leyes inferiores, y sobre la concepción de los derechos fundamentales como principios básicos del orden constitucional que les permite tener una eficacia irradiadora sobre el resto del ordenamiento jurídico —dimensión objetiva—. ⁴³

⁴¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 511-514.

⁴² *Ibidem*, pp. 515-524.

⁴³ Venegas Grau, María, “Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada”..., cit., p. 24.

Por ello, Böckenförde también señala que “la denominada *eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales* es el hijo legítimo del efecto de irradiación, en el fondo nada más que un intento de elaborarla dogmáticamente”, por lo que la disputa sobre la eficacia directa o indirecta frente a terceros, es al final un problema secundario, si no marginal.⁴⁴

Finalmente, en relación con el derecho internacional de los derechos humanos, hay datos que nos muestran, con ciertos matices, que los derechos previstos en estos tratados tienen eficacia entre particulares.⁴⁵ De forma general, me permito señalar algunas de estas normas internacionales que establecen derechos, cuyo sujeto pasivo es un particular; por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 7, señala que los derechos laborales reconocidos en el mismo no se refieren solamente a los casos en que el Estado es el empleador, sino principalmente a los casos en los que el empleador es un sujeto privado.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula en su artículo 26.1 el derecho de rectificación o respuesta que está destinado a ser efectivo ante un particular; la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece, en numerosas cláusulas, obligaciones dirigidas a los particulares. Ejemplo de ello es la obligación de los padres frente a sus hijos menores; la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece prohibiciones y obligaciones tanto al Estado como a los particulares.

⁴⁴ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, pról. de Francisco J. Batisda, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 1993. La cita textual corresponde a la p. 112.

⁴⁵ Para un análisis ampliado sobre el efecto *horizontal* de estas normas, véase Courtis, Christian, *Derechos sociales ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2007, pp. 49-78. Véase también Mejía R., Joaquín A., “Tratados de libre comercio y derechos humanos: Un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, año IV, núm. 5, dic, 2009, San José, Costa Rica, pp. 1-12.

Además, en relación con alguna jurisprudencia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) ha señalado que el artículo 22 del PIDESC tiene efectividad no solo para los Estados parte, sino también para diversos órganos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional quienes, además, deben prestar mayor atención a la protección del derecho a la alimentación en sus políticas crediticias y de reajustes relacionados con la deuda externa.⁴⁶

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

[...] en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.⁴⁷

Para reafirmar lo anterior, el juez Cançado Trindade señala que “en el plano operativo, las obligaciones *erga omnes partes* bajo un tratado de derechos humanos como la Convención Americana también asumen especial importancia, ante la actual diversificación de las fuentes de violaciones de los derechos consagrados en la Convención, que requiere el claro reconocimiento de los efectos de las obligaciones convencionales *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*), inclusive particulares (*v. gr.*, en las relaciones laborales)”.⁴⁸

⁴⁶ Comité DESC, Medidas internacionales de asistencia técnica (art. 22 del Pacto), observación general 2, 1990, párr. 2 y 9; Comité DESC, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), observación general 12, 1999, párr. 41.

⁴⁷ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes...*, *supra*, párr. 140; véase a su vez, párrs. 110, 133, 151-152; también véase, Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes...*, *supra*, párrs. 86-90 y 141-146.

⁴⁸ Corte IDH. *Condición jurídica y derechos los migrantes...*, *cit.*, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 83.

En esa misma línea, el juez Salgado Pesantes ratifica que:

[...] la obligación de respetar los derechos humanos no es solo del Estado, es también de los particulares en su interrelación con otros particulares. El ámbito de la autonomía de la voluntad, que predomina en el derecho privado, no puede ser un obstáculo para que se diluya la eficacia vinculante *erga omnes* de los derechos humanos [...] ya que] los destinatarios de los derechos humanos —además del Estado (ámbito público)— son también los terceros (ámbito privado), que los pueden violar en el campo de las relaciones particulares.⁴⁹

Por tanto, tomando en consideración que una vez que estos tratados internacionales son ratificados por los Estados y pasan a formar parte del derecho interno, tanto sus estipulaciones como la jurisprudencia de los órganos encargados de su vigilancia nos evidencian que los derechos fundamentales también tienen un efecto horizontal.

8.6. CONCLUSIONES

En términos generales, podemos concluir que la definición formal de derecho fundamental de Ferrajoli resulta sumamente atractiva, debido a que permite identificar en estos la base de la igualdad jurídica en virtud de su carácter universal; es decir que son adscritos a “todos” en cuanto pertenecientes a cierta clase de sujetos a quienes se les reconoce su titularidad en un ordenamiento determinado, y además, permite fundar cuatro tesis que, como el propio profesor italiano señala, son indispensables para una teoría de la democracia constitucional.

Como ya lo hemos expuesto, estas tesis se refieren a la diferencia estructural entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales; la no necesaria coincidencia entre los derechos fundamentales con la ciudadanía; la separación entre derechos y garantías, y la identificación de los derechos fundamentales con la dimensión sustancial de la democracia.⁵⁰ A pesar de las críticas a su definición, la propuesta de Ferrajoli plantea de manera

⁴⁹ *Ibidem*, voto concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes, párrs. 18-19.

⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales ...”, *cit.*, p. 25.

innovadora algunas cuestiones que se consideran problemáticas en relación con los derechos sociales, tales como el papel que toman en las sociedades democráticas, así como la cuestión de sus garantías.

En relación con lo primero, su concepción de democracia va más allá del mero elemento procedimental y de la regla de la mayoría,⁵¹ donde los derechos fundamentales juegan un papel de límites y vínculos a la misma en el sentido de integrar ciertos contenidos considerados importantes y que, por tanto, forman tres esferas que condicionan las decisiones políticas: de *lo indecidible*, constituida por los derechos de libertad y de autonomía; la de *lo indecidible que no*, constituida por los derechos sociales, y la de *lo decidible*, constituida por el legítimo ejercicio de los derechos de autonomía política y privada.⁵²

En ese sentido, Ferrajoli define la democracia como un “sistema frágil y complejo de separación y de equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales, de técnicas de control y reparación contra sus violaciones”.⁵³

En relación con lo segundo, el profesor italiano plantea la separación entre los derechos y sus garantías, por lo que es posible

⁵¹ Ferrajoli sostiene que “[c]on frecuencia confundimos, en razón de una larga tradición politológica, la democracia con la voluntad de la mayoría. A la mayoría o, si se quiere, al pueblo soberano, todo le estaría permitido, en razón de una suerte de presunción apriorística de legitimidad de la voluntad popular. Un equívoco al que también ha contribuido la concepción del proceso constituyente inducida, directa o indirectamente, por las doctrinas contractualistas. Se supone que el contrato social, es decir, el pacto constituyente, es un contrato suscrito por la mayoría, o al menos que expresa su voluntad profunda y auténtica, interpretada por los padres constituyentes. Y se ven sus límites —piénsese en ciertas tesis del pensamiento feminista— en la medida en que entre los contrayentes, o si se quiere, entre la mayoría que ha estipulado el contrato, se encuentren o hayan sido excluidos sectores relevantes de la sociedad”, Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales...”, *cit.*, p. 368.

⁵² Ferrajoli, Luigi, “Sobre la definición de «democracia». Una discusión con Michelangelo Bovero”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 19, ITAM, México, 2003, pp. 230-231.

⁵³ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho...*, *cit.*, p. 144.

que existan las expectativas que contienen los derechos pero no sus garantías. En consecuencia, estaríamos ante una laguna que los poderes públicos tienen la obligación de colmar y no ante un no derecho.

La distinción entre ambos conceptos permite refutar algunas opiniones que consideran que los derechos sociales, por no contar a veces con sus debidas garantías, son “derechos de papel”, “derechos de segunda clase” o simples principios políticos de carácter programático, lo cual es una visión reduccionista de la existencia del derecho a la efectividad de su garantía.

IX. Protesta social: ¿vandalismo o ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión?

9.1. PROTESTA SOCIAL Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

No se pueden analizar las protestas sociales sin partir de una premisa fundamental: el derecho a la libertad de expresión constituye una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, pues es indispensable para la formación de la opinión pública y es una condición para que quienes deseen incidir sobre la colectividad y las políticas públicas puedan desarrollarse plenamente.¹

Por su cercanía al nervio democrático, este derecho supone el ejercicio de otros derechos conexos reconocidos constitucional y convencionalmente, tales como el derecho de asociación y reunión y el de manifestación pública y pacífica, consagrados en disposiciones constitucionales y en los artículos 13, 15 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por 23 Estados americanos.

El derecho a la libertad de expresión y todos los derechos conexos a él se constituyen en elementos vitales para el buen funcionamiento del sistema democrático, aunque ello no significa que sean derechos absolutos, ya que pueden estar sujetos a limitaciones. Muchas constituciones reconocen que el derecho a la manifestación pacífica puede estar sujeto a un régimen de permiso especial con el único fin de garantizar el orden público.

¹ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas..., *cit.*, párr. 70.

No obstante, el régimen que reglamenta este derecho no puede tener como objetivo crear una base para prohibir su ejercicio; por el contrario, la reglamentación que establece, por ejemplo, el aviso o notificación previa, debe tener como propósito informar a la autoridad que corresponda para que tome las medidas conducentes a “facilitar el ejercicio del derecho sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal de las actividades del resto de la comunidad”.²

Los artículos 13 y 15 de la Convención Americana establecen que las restricciones a estos derechos deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos de las demás personas o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública. Ante la importancia de la manifestación pública para la consolidación de la vida democrática, el derecho a la libertad de expresión reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco más estrecho para justificar su limitación.

Por tanto, cualquier limitación al ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública debe estar dirigida exclusivamente a evitar amenazas graves e inminentes, por lo que sería “insuficiente un peligro eventual y genérico, ya que no se podría entender el derecho de reunión como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se*”.³ Además, cuando se justifique la implementación de limitaciones a la libertad de expresión para proteger derechos ajenos, es necesario que estos se encuentren efectivamente lesionados o amenazados; del mismo modo, no se puede invocar el “orden público” como justificación para limitar la libertad de expresión si no existe una amenaza cierta y verificable de disturbios graves.

Tampoco basta un mero desorden como justificación suficiente para que la policía pueda detener a los y las estudiantes que están protestando en forma pacífica; solamente si la conducta de las personas manifestantes sea legal, aunque es razonable

² CIDH, Libertad de expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión, San José, Costa Rica, IIDH, 2003, pp. 246-247.

³ *Idem*.

pensar que va a causar violencia al interferir con los derechos o libertades de otras personas, “entonces los agentes pueden tomar medidas para prevenirlas, siempre y cuando dicha conducta instigue o provoque violencia”.⁴

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el orden público no puede ser invocado para suprimir o desnaturalizar derechos, sino que debe ser interpretado de acuerdo con lo que demanda una sociedad democrática. De hecho, la defensa del orden público exige la máxima circulación posible de informaciones e ideas, es decir, el máximo nivel de ejercicio de la libertad de expresión.⁵

A la luz de lo anterior y sin entrar en el análisis de los contenidos de las demandas de los movimientos sociales que se manifiestan en las calles, nuestros modelos constitucionales y convencional vigentes garantizan el derecho a manifestarse de forma pública y pacífica como herramienta de petición a las autoridades, y también como canal de denuncias públicas sobre las presuntas violaciones a los derechos de la ciudadanía.

Aunque genere incomodidad, molestia y perturbación, manifestarse y protestar pacíficamente es hacer democracia en la vida pública e implica ejercer colectivamente el derecho a la libertad de expresión y los demás derechos civiles y políticos que vigorizan la ciudadanía. Sin embargo, por lo general las autoridades públicas optan por la denuncia penal para enfrentar las protestas, lo cual se agrava cuando policías, jueces y fiscales reducen el ejercicio de la protesta social a un ámbito exclusivamente penal, sin hacer el más mínimo esfuerzo de realizar un análisis jurídico serio, desde el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, que permita ponderar ante una posible colisión de derechos.

Las personas que son denunciadas terminan enfrentándose a funcionarios públicos con una combinación explosiva y peligrosa para la democracia y las libertades. Por un lado, una po-

⁴ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, vol. II: “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, cap. V, párr. 99.

⁵ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas..., *cit.*, párr. 69.

breza argumentativa que da vergüenza y que debería obligar a las facultades de Derecho a cuestionarse qué tipo de abogados y abogadas están formando, pues se advierte que se parecen más, en sentido peyorativo, a la imagen dada por Montesquieu de ser simples seres inanimados y desconectados del contexto social y de los avances del derecho, por cuyas bocas pronuncian las palabras de la ley, aunque estas sean inconstitucionales y contrarias a las normas internacionales de derechos humanos.

Y por otro lado, una amplia discrecionalidad a la hora de criminalizar la manifestación pacífica, pese a ser parte fundamental del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Como consecuencia, a quienes ejercen este derecho se les estigmatiza y criminaliza, y además de ser víctimas de la represión policial y militar, se les instruyen procesos criminales mediante el encajillamiento penal de las conductas y acciones que pertenecen al ámbito del ejercicio de la libertad ciudadana a expresarse públicamente a través de la protesta social. De esta manera, nos encontramos con jueces y fiscales eficientes para torcer el derecho penal e imputar a las personas manifestantes delitos tales como asociación ilícita, sedición y usurpación, pero inoperantes para tutelar los derechos y las libertades consagradas en la Constitución nacional y los tratados internacionales.⁶

Ninguna autoridad pública puede ignorar que el uso del derecho penal frente a las protestas sociales es particularmente grave, y en este sentido, tienen el deber de evitar la invocación de las normas que convierten en actos criminales la simple participación en una protesta, la toma de calles, plazas, predios o espacios universitarios, que son públicos, “o los actos de desorden que en realidad, en sí mismos, no afectan bienes como la vida o la libertad de las personas”.⁷

⁶ Una de las figuras penales más utilizadas es la del delito de usurpación, el cual requiere que la intención o finalidad de quien lo cometa sea la apropiación del bien inmueble; sin embargo, hasta una persona que no es especialista en derecho penal comprende que la finalidad de las protestas mediante la toma de instalaciones o carreteras no es la apropiación de las mismas, sino la presión y la exigencia de ser escuchados.

⁷ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008, vol. II, “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, cap. IV, párrs. 29 y 70. La cita textual corresponde al párr. 29.

Como es evidente que estas acciones colectivas solo pueden desarrollarse en amplios espacios públicos, es normal que se generen tensiones que desafortunadamente, a menudo, se reducen a una cuestión de competencia entre la libertad de expresión y la libertad de circulación o el derecho a la educación de quienes no participan en las protestas.⁸

Frente a ello, es preciso resaltar que el derecho de libertad de expresión no es un derecho más, sino uno de los más importantes fundamentos de toda la estructura democrática, por lo que requiere de una atención privilegiada,⁹ que debe reflejarse en la tolerancia de las autoridades frente a las manifestaciones pacíficas, aun cuando el uso de los espacios públicos para las mismas cause inevitables molestias en la vida cotidiana y los derechos de otras personas. Por tanto, las restricciones a este derecho solo pueden justificarse cuando se trata de medidas estrictamente proporcionales que se adoptan para garantizar que las protestas sociales se desarrollen pacíficamente, y no para frustrar la expresión de las opiniones.¹⁰

En virtud de todo lo anterior, *prima facie* es inadmisibles la criminalización *per se* de las manifestaciones públicas cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y del derecho de reunión. Por tanto, las autoridades públicas tienen la obligación de saber: *a*) que la invocación de sanciones penales no encuentra justificación bajo los estándares internacionales que establecen la necesidad de comprobar que dicha restricción satisface un interés público imperativo y necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática, y *b*) que la imposición

⁸ Rincón, Omar, “...De rebeldías y protestas públicas y masivas”, en Rabinovich, Eleonora; Magrini, Ana Lucía y Rincón, Omar (eds.), *Vamos a portarnos mal. Protesta social y libertad de expresión en América Latina*, Bogotá, Centro de Competencia en Comunicación para América Latina-Friedrich Ebert Stiftung, 2011, p. 23.

⁹ Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, 1ª reimp. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, 2005, pp. 26, 29 y 73.

¹⁰ CEDH, *Caso Sergey Kuznetsov vs. Rusia*, 23 de octubre de 2008; *Caso Galshtyan vs. Armenia*, 15 de noviembre de 2007; *Case Chorherr vs. Austria*, 25 de agosto de 1993; *Caso Women on Waves a.o. vs. Portugal*, 3 de febrero de 2009; *Caso Nisbet Özdemir vs. Turquía*, 19 de enero de 2010.

de sanciones penales no constituye el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión ejercida a través de la protesta social.¹¹

El uso de la sanción penal frente a la protesta social solo es permisible en casos absolutamente excepcionales en los que suceden hechos de violencia intolerable; pero la protesta social que se mantiene dentro del ejercicio regular de los derechos constitucionales a la libertad de expresión, reunión y manifestación pacífica nunca puede “ser materia de los tipos penales, es decir, que no es concebible su prohibición penal. En estos supuestos queda excluida la primera categoría específicamente penal de la teoría estratificada del delito, esto es, la misma tipicidad de la conducta”, ya que por más que el número de manifestantes provoque molestias, interrumpa la circulación de vehículos y personas, genere ruidos molestos, ensucie las calles, provoque la interrupción del desarrollo normal de las actividades, etc., los manifestantes estarán ejerciendo su derecho legítimo en el estricto marco constitucional. En este sentido, se debe evitar forzar el encasillamiento penal de estas acciones que, como lo señalé anteriormente, pertenecen al ámbito de las libertades ciudadanas.¹²

No se puede ignorar que regularmente se dan excesos en el ejercicio de este derecho, pero ello no convierte automáticamente en típica la conducta, puesto que si una protesta:

[...] excede el tiempo razonablemente necesario para expresarse, no interrumpen la calle por el mero efecto del número de personas sino por acciones dirigidas a hacerlo, pequeños grupos prolongan sus gritos una vez concluida la manifestación, se reiteran los gritos en los transportes utilizados para volver a los hogares, etc., se penetra en un campo que puede ser antijurídico o ilícito, pero que

¹¹ Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Libertad de expresión en las Américas...*, op. cit., pp. 247 y 248.

¹² Zaffaroni, E. Raúl, “Derecho penal y protesta social”, en Bertoni, Eduardo (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2010, pp. 6-7.

no necesariamente es penal, porque solo una pequeña parte de las conductas antijurídicas está tipificada penalmente.¹³

En consecuencia, las autoridades públicas tienen en la obligación de hacer un análisis técnico serio y desideologizado en relación con la criminalización administrativa y penal de las protestas sociales, teniendo en cuenta: *a)* el alto grado de protección que merece la libertad de expresión como derecho que garantiza la participación ciudadana y la fiscalización del accionar de las autoridades;¹⁴ *b)* que las sanciones administrativas y el uso del derecho penal generan un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa de los diferentes sectores sociales,¹⁵ y *c)* que se violentan los principios más básicos del derecho penal, como el principio de estricta legalidad, de interpretación restrictiva, de ofensividad, de insignificancia y de proporcionalidad.¹⁶

9.2. EL USO DEL DERECHO PENAL FRENTE A LA PROTESTA SOCIAL

Las protestas sociales en la región nos dejan dos imágenes que golpean profundamente a cualquiera que cree en la democracia como el único camino para lograr una convivencia orientada a la solución dialogada de los conflictos: primero, la imagen de las fuerzas de seguridad del Estado reprimiendo brutalmente a quienes se manifiestan de manera pacífica en las calles y, segundo, la imagen de centenares de personas con órdenes de captura y otras capturadas y esposadas de pies y manos, y acusadas de delitos con un alto grado de indeterminación semántica —usurpación y sedición— y enfrentados a una temible discrecionalidad punitiva de fiscales y jueces que, cuando se trata de perseguir los graves casos de corrupción, invocan el principio de inocencia y observan el principio de estricta legalidad penal, pero cuando se trata de sancionar la protesta social, aplican a toda costa lo que

¹³ *Ibidem*, p. 7.

¹⁴ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas..., *supra*, párr. 70.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Zaffaroni, E. Raúl, “Derecho penal y protesta social...”, *cit.*, pp. 7-8.

Ferrajoli llama la legalidad violenta,¹⁷ ignorando su obligación de interpretar y aplicar la ley protegiendo y garantizando los derechos humanos, los cuales constituyen la razón de ser de un Estado que se precie democrático y de derecho.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha resaltado que en una sociedad democrática, el espacio urbano y público no es solo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación política,¹⁸ en el que el derecho a la libertad de expresión es fundamental para colocar en el debate público los intereses de los sectores más vulnerabilizados y marginados de la sociedad, y la protesta social es una de las vías para situar sus demandas en las calles, en las plazas, en los edificios públicos y en las paredes. Por ello, la libertad de expresión en todas sus manifestaciones constituye una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, pues es indispensable para la formación de la opinión pública y es una condición para que quienes deseen incidir sobre la colectividad y las políticas públicas, puedan desarrollarse plenamente.¹⁹

Por su cercanía al nervio democrático, el derecho a la libertad de expresión está íntimamente conectado con el derecho a la manifestación pública y pacífica, así como al derecho de reunión y asociación, y constituyen elementos vitales para el buen funcionamiento del sistema democrático. De ahí que la naturaleza democrática de la protesta social exige como mínimo la existencia de “canales abiertos para expresar el disenso político y reclamar por los derechos. Y de eso se trata, precisamente, el derecho a la protesta como ejercicio colectivo de la libertad de expresión”.²⁰

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, “La legalidad violenta”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 41, 1990, pp. 305-320.

¹⁸ CIDH, Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos de las Américas, OEA/Ser.L/V/II.124, 7 de marzo de 2006, párr. 56.

¹⁹ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párr. 70.

²⁰ Rabinovich, Eleonora, “Protesta, derechos y libertad de expresión”, en Rabinovich, Eleonora; Magrini, Ana Lucía y Rincón, Omar (eds.), *Vamos a portarnos mal. Protesta social y libertad de expresión en América Latina*,

En otras palabras, “el derecho a protestar aparece así, en un sentido importante al menos, como el «primer derecho»: el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos”.²¹

Se debe insistir en que aunque se genere incomodidad, molestia, se interrumpa el desarrollo normal de las actividades cotidianas o se afecte el ejercicio de otros derechos como la libertad de circulación; manifestarse y protestar pacíficamente es hacer democracia en la vida pública y reconocer que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más, sino uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática, por lo que socavarlo afecta directamente al nervio principal del sistema democrático. En consecuencia, tales alteraciones de la vida pública “son parte de la mecánica de una sociedad plural, donde conviven intereses diversos, muchas veces contradictorios y que deben encontrar los espacios y canales mediante los cuales expresarse”.²²

Naturalmente, las huelgas, los cortes de calle, el acaparamiento del espacio público y los disturbios que se puedan presentar en las protestas sociales pueden generar molestias o incluso daños que es necesario prevenir y reparar, sin embargo, las restricciones desproporcionadas de las manifestaciones públicas comprometen seriamente el derecho a la libertad de expresión.²³ Evidentemente, este derecho no es absoluto y puede estar sujeto a limitaciones; no obstante, dada la importancia de la manifestación pública para la consolidación de la vida democrática, el derecho a la libertad de expresión reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco más estrecho para justificar su limitación.

Tales restricciones deben ser de naturaleza excepcional y, para ser admisibles, deben someterse a tres condiciones básicas

Bogotá, Centro de Competencia en Comunicación para América Latina-Friedrich Ebert Stiftung, 2011, p. 18.

²¹ Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, p. 19.

²² CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, 31 diciembre 2009, párr. 198.

²³ CIDH, Relatoría especial para la Libertad de Expresión, Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión, 2010, párr. 71.

establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: a) deben establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa; b) deben estar orientadas, al logro de los objetivos imperiosos autorizados por dicho tratado, y c) deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro del objetivo que persiguen, estrictamente proporcionales a la finalidad que buscan e idóneas para lograr dicho objetivo. Por tanto, cualquier limitación al ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública debe estar dirigida exclusivamente a evitar amenazas graves e inminentes, por lo que sería “insuficiente un peligro eventual y genérico, ya que no se podría entender al derecho de reunión como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se*”.²⁴

Además, cuando se justifique la implementación de limitaciones para proteger derechos ajenos, es necesario que estos derechos se encuentren efectivamente lesionados o amenazados; del mismo modo, no se puede invocar el “orden público” como justificación para limitar la libertad de expresión si no obedece a causas reales y verificables objetivamente que representen una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas. No es “suficiente invocar meras conjeturas sobre eventuales afectaciones del orden ni circunstancias hipotéticas derivadas de interpretaciones de las autoridades frente a hechos que no planteen claramente un riesgo razonable de disturbios graves (‘violencia anárquica’).”²⁵

Es importante dejar claro que tampoco basta un mero desorden como justificación suficiente para que la policía pueda detener a los y las estudiantes que están protestando en forma pacífica; solamente si la conducta de las personas manifestantes es legal pero es razonable pensar que va a causar violencia al interferir con los derechos o libertades de otras personas,

²⁴ CIDH, Libertad de expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión, IIDH, San José, Costa Rica, 2003, pp. 246-247.

²⁵ CIDH, Relatoría especial para la Libertad de Expresión, Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, 30 de diciembre de 2009, p. 29, párr. 82.

“entonces los agentes pueden tomar medidas para prevenirlas, siempre y cuando dicha conducta instigue o provoque violencia.²⁶ Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el orden público no puede ser invocado para suprimir o desnaturalizar derechos, sino que debe ser interpretado de acuerdo a lo que demanda una sociedad democrática. La defensa del orden público exige la máxima circulación posible de informaciones e ideas, es decir, el máximo nivel de ejercicio de la libertad de expresión.²⁷

En virtud de todo lo anterior hay que dejar claro que la criminalización de la protesta social es incompatible con una sociedad democrática donde las personas tienen el derecho de manifestar su opinión, en donde la protesta y la movilización social son herramientas de petición a la autoridad y canales de denuncias públicas sobre abusos a los derechos humanos.²⁸ La criminalización incluye la descalificación, la represión directa de policías y militares, el uso del derecho penal y la apertura de procesos criminales contra quienes protestan.

Las declaraciones, pronunciamientos y comunicados emitidos por las autoridades públicas en los que señalan a los manifestantes y a quienes los defienden como delincuentes, conspiradores, vándalos, adversarios políticos y desestabilizadores, pueden generar un contexto adverso y estigmatizador, deslegitimar sus demandas frente a la sociedad, lesionar su derecho a la honra y dignidad, y el principio de presunción de inocencia, e incluso, colocarlos en una situación de riesgo y de vulnerabilidad, “ya que funcionarios públicos o sectores de la sociedad podrían interpretarlas como instrucciones, instigaciones, autorizaciones o apoyos, para la comisión de actos contra su vida, seguridad personal, u otros derechos”.²⁹

²⁶ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, vol. II: “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, cap. V, párr. 99.

²⁷ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas..., *supra*, párr. 69.

²⁸ CIDH, Libertad de expresión en las Américas..., *supra*, pp. 244-245.

²⁹ CIDH, Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos, 31 diciembre 2015, pp. 53-54, párrs. 84-86.

Ejemplo de ello lo constituyen: a) el manejo desigual y en ocasiones sesgado de las protestas sociales por parte de los medios de comunicación, quienes hacen prevalecer la información proveniente de las fuentes oficiales sobre las no oficiales, que en ciertos casos ejercen cierta presión pública sobre los operadores de justicia a la hora de admitir una denuncia, dictar prisión preventiva o medidas cautelares; b) las lesiones, tratos crueles, torturas, amenazas, detenciones arbitrarias y desapariciones temporales a manifestantes por parte de las fuerzas policiales y militares que ignoran abiertamente los criterios de proporcionalidad, oportunidad, necesidad y legitimidad en el uso de la fuerza, y c) la persecución y sanción penal de las personas manifestantes “mediante la aplicación indebida de tipos penales formulados en forma ambigua o vaga, con modalidades de participación en el delito poco claras, o bien, sin especificar el dolo o intencionalidad que son requeridos para que la conducta se convierta en ilícita, impidiendo conocer adecuadamente las conductas que son sancionadas”.³⁰

Por su parte, la utilización de la denuncia penal para enfrentar las protestas sociales resulta sumamente grave en una sociedad democrática, ya que la invocación de normas que convierten en actos criminales la simple participación en una protesta, la toma de calles, plazas, predios o espacios públicos “o los actos de desorden que en realidad, en sí mismos, no afectan bienes como la vida o la libertad de las personas”,³¹ es incompatible con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. En este sentido, es inadmisibles la criminalización *per se* de las manifestaciones públicas cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y del derecho de reunión, y la utilización de sanciones penales no encuentra justificación alguna bajo los estándares internacionales ni constituye el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión ejercida a través de la protesta social.³²

³⁰ *Ibidem*, p. 131, párr. 240.

³¹ CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008, vol. II: “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, cap. IV, párrs. 29 y 70.

³² CIDH, Libertad de expresión en las Américas..., *supra*, pp. 247-248.

El uso de la sanción penal frente a la protesta social tiene un enorme efecto disuasivo, por ello solo es permisible en casos absolutamente excepcionales en los que suceden hechos de violencia intolerable; pero la protesta social que se mantiene dentro del ejercicio regular de los derechos constitucionales a la libertad de expresión, reunión y manifestación pacífica nunca puede “ser materia de los tipos penales, es decir, que no es concebible su prohibición penal. En estos supuestos queda excluida la primera categoría específicamente penal de la teoría estratificada del delito, esto es, la misma tipicidad de la conducta”.³³

No se puede ignorar que regularmente se dan excesos en el ejercicio de este derecho, pero ello no convierte automáticamente en típica la conducta, puesto que si una protesta excede el tiempo razonablemente necesario para expresarse, no interrumpen la calle por el mero efecto del número de personas sino por acciones dirigidas intencionalmente a hacerlo, algunos grupos prolongan sus gritos una vez concluida la manifestación y se reiteran en los transportes utilizados para volver a los hogares, etc., “se penetra en un campo que puede ser antijurídico o ilícito, pero que no necesariamente es penal, porque solo una pequeña parte de las conductas antijurídicas está tipificada penalmente”.³⁴

En este orden de ideas, cuando el ejercicio del derecho a la libertad de expresión pueda ser abusivo y causar daños importantes, su restricción desproporcionada puede generar “un efecto de silenciamiento, censura e inhibición en el debate público que es incompatible con los principios de pluralismo y tolerancia, propios de las sociedades democráticas. No resulta fácil participar de manera desinhibida de un debate abierto y vigoroso sobre asuntos públicos cuando la consecuencia puede ser el procesamiento criminal, la pérdida de todo el patrimonio o la estigmatización social”.³⁵ Como lo señala Gargarella, en “el núcleo esencial de los derechos de la democracia está el derecho a protestar, el derecho

³³ Zaffaroni, E. Raúl, “Derecho penal y protesta social”, en Bertoni, Eduardo (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?...*, cit., p. 6.

³⁴ *Ibidem*, p. 7.

³⁵ CIDH, Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión..., *supra*, párr. 73.

a criticar al poder público y privado. No hay democracia sin protesta, sin posibilidad de disentir, de expresar las demandas. Sin protesta la democracia no puede subsistir”.³⁶

Por ello, ante la complejidad que suponen las protestas sociales, las autoridades deben tener presente que son una forma de participación política legítima en una sociedad democrática y que tienen el deber de dar respuestas adecuadas y conformes al respeto de los derechos humanos, lo que implica sobre todo: a) tomar en consideración el alto grado de protección que merece la libertad de expresión como derecho que garantiza la participación ciudadana y la fiscalización del accionar de las autoridades;³⁷ b) que el uso del derecho penal genera un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa del estudiantado,³⁸ y c) que se violentan los principios más básicos del derecho penal como el principio de estricta legalidad, de interpretación restrictiva, de ofensividad, de insignificancia y de proporcionalidad.³⁹

Como lo señala el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las manifestaciones pacíficas no deben considerarse una amenaza y, por consiguiente, las autoridades públicas deben entablar un diálogo abierto, incluyente y fructífero al afrontarlas, así como sus causas.⁴⁰ Por tanto, en una sociedad democrática, la protesta social exige elevadas cuotas de tolerancia hacia la crítica por parte de las autoridades públicas para garantizar el mayor nivel posible de debate colectivo acerca del funcionamiento de la vida universitaria y, al mismo tiempo, representa una oportunidad más para que logren articular y procesar las peticiones y demandas del estudiantado, y traducirlas en reconoci-

³⁶ Rodríguez, Esteban, *No hay democracia sin protesta. Las razones de la queja*, entrevista a Roberto Gargarella, 2005, disponible en http://www.miquelcarbonell.com/artman/uploads/1/No_hay_derecho__sin_protesta._Entrevista_a_Roberto_Gargarella.pdf

³⁷ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas..., *supra*, párr. 70.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Zaffaroni, E. Raúl, “Derecho penal y protesta social...”, *cit.*, pp. 7-8.

⁴⁰ Consejo de Derechos Humanos, La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas, 55ª sesión, resolución 19/35, 23 de marzo de 2012.

miento de derechos⁴¹ mediante un proceso de diálogo y negociación de buena fe entre ambas partes, con la finalidad de alcanzar un acuerdo que redunde en mayores niveles de democratización y de garantía de las demandas y derechos reclamados.

No está de más decir que lo que diferencia entre un régimen democrático y uno autoritario es, por una parte, la máxima tolerancia del primero a la crítica pública, aunque sea perturbadora, chocante u ofensiva, así como su apuesta por la creación de espacios para alentar la deliberación vigorosa y abierta de los asuntos relevantes para la comunidad; por otra, la utilización del segundo de su más poderoso poder coercitivo —el derecho penal— para castigar, reprimir e inhibir las expresiones y manifestaciones que considera inconvenientes, lo cual es incompatible con los principios que orientan los valores de la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho.

9.3. LOS LÍMITES EN EL USO DE LA FUERZA POLICIAL Y MILITAR FRENTE A LA PROTESTA SOCIAL

Una de las más claras expresiones de las tendencias autoritarias que se está profundizando en un gran número de países de nuestra región es la respuesta de las autoridades públicas frente a las manifestaciones pacíficas, la cual se caracteriza por: *a)* el uso arbitrario y excesivo de la fuerza por parte de policías y militares; *b)* excesos e inexistencia de control respecto al uso de la fuerza letal y no letal con el objetivo de castigar a quienes participan en las manifestaciones; *c)* la inobservancia de los criterios de proporcionalidad, oportunidad, necesidad y legitimidad en el uso de la fuerza, y *d)* la persecución penal de las personas manifestantes encasillando sus conductas dentro de tipos penales que no cumplen con los principios más básicos del derecho penal liberal.

En particular, la disolución de manifestaciones pacíficas mediante el uso excesivo de la fuerza es una violación a los derechos humanos que se agrava con la impunidad que el sistema de

⁴¹ Rabinovich, Eleonora, “Protesta, derechos y libertad de expresión”..., *cit.*, p. 30.

justicia le brinda a los policías y militares que atentan contra un derecho tan fundamental para la vida democrática, que fomenta la repetición de los hechos, envía un mensaje intimidatorio a las víctimas que quedan en total indefensión y alienta a los policías y militares a actuar como criminales con uniforme, violentando la dignidad humana que tienen el deber de proteger.

En relación con los militares, conocemos perfectamente que su intervención y participación en la vida pública tiene graves implicaciones para nuestras democracias. Las décadas de los setenta y ochenta, el golpe de Estado de 2009 en Honduras y la mal llamada “Guerra contra el narcotráfico” en México, son memoria viva y heridas abiertas que nos recuerdan que la estrategia de involucrar a los militares en la represión de la violencia y la criminalidad supone peligrosos riesgos para la democracia y los derechos humanos.

Los militares son formados para asegurar la supervivencia del Estado, la integridad del territorio y la vida de la población frente a un enemigo externo, y en ese contexto cumplirán sus funciones mediante el uso de una violencia mucho más intensa. Es evidente que los miembros de las Fuerzas Armadas carecen del entrenamiento adecuado para abordar la protesta social y cualquier otra función que le competa a una policía civil; y no es suficiente que reciban un curso, de unos cuantos meses, para cambiar la lógica militar del combatiente que tiene la misión de acabar con el enemigo por la lógica de proteger y garantizar los derechos y libertades de la ciudadanía.

Con respecto a muchas policías civiles de la región, pareciera que han desnaturalizado su función de velar por la conservación del orden público y lo han convertido en el mantenimiento de los privilegios de una clase política y económica que de forma permanente atenta contra la dignidad de la población. En términos democráticos, da vergüenza cómo los encargados de servir y proteger a la ciudadanía se arman hasta los dientes y actúan como criminales frente a la población indefensa que, en el ejercicio de sus derechos constitucionales, se manifiesta pacíficamente contra el ejercicio abusivo o negligente del poder.

Es fundamental resaltar que las acciones represivas en las protestas sociales pacíficas colocan en grave riesgo los derechos a

la vida y a la integridad personal, frente a los cuales el Estado tiene la obligación de garantizar las condiciones necesarias para que no sean transgredidos, pues ambos son derechos que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia a la luz del artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como nadie puede argumentar ignorancia de la ley, es injustificable que policías y militares no conozcan que, de acuerdo con las normas constitucionales y convencionales, su verdadera obligación es tomar las medidas conducentes para facilitar el ejercicio del derecho a la manifestación pública y pacífica sin entorpecer de manera significativa el desarrollo de las actividades cotidianas del resto de las personas. Es imperdonable que este tipo de funcionarios ignore que el derecho a la libertad de expresión reviste un interés social imperativo y que no se puede invocar el “orden público” como justificación para limitar la libertad de expresión de las personas manifestantes si no existe una amenaza cierta y verificable de disturbios graves que pudiera significar un riesgo para la vida, la integridad y la libertad de las personas.

En este orden de ideas, es necesario recordarle a policías, militares, fiscales y jueces que de acuerdo con el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley, la obligación más importante de un agente de la fuerza pública es respetar y proteger la dignidad humana, y defender los derechos humanos de todas las personas. En este sentido, el uso de la fuerza debe ser excepcional en la medida en que razonablemente sea necesario, utilizarse para la prevención de un delito, efectuar la detención legal de presuntos delincuentes o ayudar a efectuarla.

En este contexto, es imperativo analizar de manera general los límites y principios que deben ser observados por las fuerzas policiales y militares al momento de abordar manifestaciones públicas que se realizan en el marco constitucional del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión y sus derechos conexos, tales como el derecho de manifestación pública y pacífica, y el derecho de reunión. Previamente debemos dejar establecidas varias premisas que en muchas ocasiones son ignoradas intencionalmente por las autoridades públicas y que están conte-

nidas en varias resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:⁴²

- a) La participación en manifestaciones pacíficas es una forma importante de ejercer el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos. Por ello, el Estado debe promover un entorno seguro y propicio para que las personas puedan ejercer estos derechos y facilitarles el acceso a espacios públicos y protegerlas, donde sea necesario, contra cualquier forma de amenaza.
- b) Las manifestaciones pacíficas contribuyen al pleno disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y, por tanto, toda persona tiene derecho a expresar sus quejas o aspiraciones de manera pacífica, entre otras cosas, mediante manifestaciones públicas, sin temor a ser lesionada, golpeada, detenida o recluida de manera arbitraria, torturada, asesinada o ser objeto de desaparición forzada. En este sentido, el Estado tiene la responsabilidad de promover y proteger los derechos humanos e impedir su vulneración.
- c) Las manifestaciones pacíficas no deben considerarse una amenaza y, por consiguiente, el Estado debe entablar un diálogo abierto, incluyente y fructífero al afrontarlas, así como sus causas. Las autoridades públicas deben reconocer que los defensores y defensoras de derechos humanos pueden desempeñar un papel útil a la hora de facilitar el diálogo entre los participantes en manifestaciones pacíficas y ellas, y que los periodistas y otros profesionales de los medios de comunicación juegan un rol fundamental en la documentación de violaciones a los derechos humanos perpetradas en el contexto de las manifestaciones pacíficas.

⁴² Véase, entre otras, La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas, 55ª sesión, resolución 19/35, 23 de marzo de 2012; y La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas, 22º periodo de sesiones, 48ª sesión, resolución 22/10, 21 de marzo de 2013.

- d) Las autoridades competentes deben abordar la gestión de la protesta social con el objetivo de contribuir a su pacífica celebración, prevenir muertes o lesiones entre los manifestantes, los transeúntes, los responsables de supervisar las manifestaciones y los funcionarios de las fuerzas de seguridad pública y evitar cualquier tipo de abuso a los derechos humanos.

A la luz de lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado en su jurisprudencia que: a) el Estado tiene la facultad e incluso, la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público, sin embargo; b) el uso de la fuerza debe ser excepcional y solo podrá usarse cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control, y c) el uso de la fuerza letal y las armas de fuego se ubica en un mayor grado de excepcionalidad y debe estar prohibido como regla general. Por tanto, su uso excepcional debe estar formulado por ley “y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el «absolutamente necesario» en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler”.⁴³

De acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia interamericana, existen cuatro criterios que determinan el uso legítimo de la fuerza por parte de los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado:⁴⁴ en primer lugar, el uso de la fuerza debe estar definido por la excepcionalidad y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades; es decir, debe estar limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad. Los agentes estatales deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no representan esa amenaza, y usar la fuerza solo contra las primeras.

Por tanto, *prima facie* el Estado tiene la obligación de evitar, en la medida de lo posible, el uso de la fuerza en manifestaciones

⁴³ Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007, párr. 84.

⁴⁴ Salvo consideración en contrario, se sigue lo establecido en *ibidem*, párrs. 83-90.

pacíficas y, en los casos en que sea absolutamente necesario, asegurar que nadie sea objeto de su uso excesivo o indiscriminado. De esta manera, el uso de la fuerza solo es permisible cuando los medios no violentos sean ineficaces, no obstante, de acuerdo con el principio 5 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley (Principios de La Habana):

- a) Se ejercerá con moderación y se actuará en proporción con la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga.
- b) Se reducirán al mínimo los daños y lesiones, y se respetará y protegerá la vida humana.
- c) Se procederá de modo que se preste lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas.
- d) Se procurará notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.

Incluso en las manifestaciones ilícitas pero no violentas, los policías y militares deben evitar el empleo de la fuerza o, si no es posible, lo limitarán al mínimo necesario. De la misma manera, cuando se trate de manifestaciones violentas, estos agentes estatales se abstendrán de emplear las armas de fuego, salvo cuando resulte insuficiente la utilización de medidas menos extremas y peligrosas en circunstancias tales como la defensa propia o de otras personas, encontrarse ante el peligro inminente de muerte o lesiones graves, se usen para evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o cuando se pretenda detener a una persona que represente peligro y oponga resistencia a la autoridad o impedir su fuga. Como lo señala el principio 9, “solo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.

En segundo lugar, deben existir normas que establezcan pautas lo suficientemente claras para la utilización de la fuerza letal y armas de fuego por parte de policías y militares, “así como para asegurar un control independiente acerca de la legalidad de la misma”. No se debe perder de vista que “la fuerza letal solo

puede usarse como protección contra amenazas inminentes a la vida y que su uso no es admisible para la mera disolución de una manifestación”. En este sentido, el Estado está obligado a poner a disposición de policías y militares equipos de protección y armas no letales, a desalentar el uso de la fuerza letal durante las manifestaciones pacíficas y reglamentar el uso de armas no letales y establecer protocolos para su uso.

En tercer lugar, el Estado tiene la obligación de asegurar que el personal policial y militar reciba una formación adecuada sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, y sobre los límites a los que deben estar sometidos en toda circunstancia en relación con el uso de la fuerza y las armas. En este sentido, el Estado debe adecuar los planes operativos tendentes a abordar las manifestaciones públicas, a las exigencias del respeto y protección de los derechos humanos, y adoptar las medidas orientadas a controlar la actuación policial y militar para evitar que se produzcan excesos. Es importante resaltar que cuando sea necesario emplear medios físicos para enfrentar situaciones de perturbación del orden público, los agentes policiales y militares “utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada, respetando los derechos a la vida y a la integridad personal”.⁴⁵

En cuarto lugar, la obligación de garantizar los derechos humanos implica el deber de investigar los casos de violaciones al derecho que debe ser amparado, protegido o garantizado. En casos de uso de la fuerza, una vez que se tenga conocimiento de que un agente estatal ha hecho uso de armas de fuego con consecuencias letales, el Estado está obligado a iniciar, *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva.

En una sociedad democrática, es una necesidad imperiosa la plena rendición de cuentas por las violaciones a los derechos humanos perpetradas en el contexto de manifestaciones pacíficas; por ello, el Estado debe investigar cualquier abuso cometido du-

⁴⁵ Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002, párr. 127.

rante las mismas y velar para que las víctimas puedan acceder a un recurso rápido y sencillo, además de ser reparadas.

En conclusión, el uso de la fuerza para disolver una manifestación pública se convierte en ilegítimo e irracional cuando se utiliza como sanción y castigo, y no para lograr fines legítimos tales como la salvaguarda de los derechos de las personas y la preservación de las libertades y el orden público, los cuales no pueden ser invocados para suprimir o desnaturalizar derechos, sino que deben ser interpretados de acuerdo con lo que demanda una sociedad democrática, es decir, el máximo nivel de ejercicio del derecho a la libertad de expresión.⁴⁶

Ello obliga a las autoridades públicas, a la luz del principio 20 de los Principios de La Habana, a prestar especial atención a las cuestiones de ética policial y derechos humanos, y “a los medios que puedan sustituir el empleo de la fuerza y de armas de fuego, por ejemplo, la solución pacífica de los conflictos, el estudio del comportamiento de las multitudes y las técnicas de persuasión, negociación y mediación, así como a los medios técnicos destinados a limitar el empleo de la fuerza y armas de fuego”.

9.5. CONCLUSIONES

Ante la utilización del derecho penal, las autoridades públicas deben preguntarse dos cuestiones esenciales: primero, ¿la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo los estándares interamericanos que establecen la necesidad de comprobar que dicha limitación —la penalización— satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática? Segundo, ¿la imposición de sanciones penales se constituye como el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en los espacios públicos?

Sin duda, la protesta social puede generar traumatismos e interrupciones en el transcurso cotidiano de las actividades, “pero

⁴⁶ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas..., *supra*, párr. 69.

esto no puede justificar el tratamiento penal de las conductas”.⁴⁷ Evidentemente, es permisible la penalización de actos de protesta que son violentos, pero se deben tomar en cuenta dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, la presencia de interrupciones accidentales o la mera presencia de unos pocos agitadores durante una manifestación no la convierten en una manifestación violenta⁴⁸ y, en segundo lugar, los actos violentos en el marco de la protesta social deben estar estrictamente definidos por la ley y “operar de conformidad con criterios de proporcionalidad y bajo la premisa de que lo que puede ser objeto de reproche penal es el uso de la violencia, no el acto de protestar. Además, es preciso que la respuesta penal sea proporcional a la entidad del derecho afectado porque, de lo contrario, se genera una criminalización ilegítima de la protesta”.⁴⁹

No obstante, lo que presenciamos en muchos países de nuestra región es la utilización de denuncias penales en las que se suelen imputar delitos que están tipificados de una forma amplia o ambigua, contrarios al principio de legalidad, o se basan en tipos penales que son contrarios a los compromisos internacionales en materia de protección de los derechos humanos asumidos por los Estados. El principio de estricta legalidad exige que:

[...] los tipos penales estén formulados sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos e inequívocos, que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos que no constituyen delitos sancionables o son sancionables bajo otras figuras penales.⁵⁰

⁴⁷ Uprimny, Rodrigo y Sánchez Duque, Luz María, “Derecho penal y protesta social”, en Bertoni, Eduardo (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2010, p. 49.

⁴⁸ CEDH, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden vs. Bulgaria*, 2 de octubre de 2001.

⁴⁹ Uprimny, Rodrigo y Sánchez Duque, Luz María, “Derecho penal y protesta social”..., *op. cit.*, p. 48.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú...*, *supra*, párr. 121; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 55.

Judicializar los conflictos sociales y llevarlos a la arena penal es renunciar al diálogo, y es la forma más radical y definitiva de dejarlos sin solución. Utilizar el derecho penal frente al conflicto universitario es sacarlo de su ámbito natural y asignarle una naturaleza artificial como es la penal, es garantizar que el problema no será resuelto. Como lo señala Zaffaroni, “la mejor contribución a la solución de los conflictos de naturaleza social que puede hacer el derecho penal es extremar sus medios de reducción y contención del poder punitivo, reservándolo solo para situaciones muy extremas de violencia intolerable y para quienes solo aprovechan la ocasión de la protesta para cometer delitos”.⁵¹

⁵¹ Zaffaroni, E. Raúl, “Derecho penal y protesta social”, en Bertoni, Eduardo (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?...*, cit., p. 15.

X. La situación de la independencia judicial en Honduras y la actuación de la Corte Suprema de Justicia durante el golpe de Estado

10.1. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

Las características de competencia, independencia e imparcialidad son fundamentales para garantizar la idoneidad y efectividad de los recursos judiciales destinados a tutelar derechos humanos, pues su ausencia puede provocar su inutilidad y que resulten ilusorios, particularmente en escenarios políticos de emergencia.¹ Esto quedó demostrado en el contexto del golpe de Estado en Honduras, donde el poder judicial se puso al servicio del gobierno *de facto*, profundizó el estado general de impunidad, colaboró en la existencia de una grave inhibición de los mecanismos teóricamente adecuados para tutelar los derechos humanos, propició la abstención y desidia judicial para atender los recursos introducidos ante diversos tribunales, incluyendo la propia Sala de lo Constitucional, y dejó a las víctimas en una situación de absoluta indefensión y vulnerabilidad.²

Una de las características de la realidad hondureña es la impunidad que se viene arrastrando desde hace décadas, ya que los responsables intelectuales y materiales de las violaciones a derechos humanos cometidas durante los años ochenta han logrado

¹ Corte IDH, Garantías judiciales en Estados de Emergencia..., *cit.*, párr. 24.

² Comisión de la Verdad y la Reconciliación, Para que los hechos no se repitan: Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, CVR. Honduras, 2011, p. 368.

evitar ser juzgados por sus crímenes, a tal punto que ninguno de los 184 casos analizados por el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos en el informe “Los hechos hablan por sí mismos. Informe preliminar sobre los desaparecidos en Honduras 1980-1993”, ha sido seriamente investigado y no se ha producido ninguna sentencia condenatoria. De los aproximadamente 27 oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional procesados penalmente por delitos relacionados con estas violaciones, ninguno ha sido condenado y muchos de los procesos han terminado en sobreseimientos definitivos.³

Aunque parecía que en pleno siglo XXI no volverían a repetirse los hechos violentos contra la dignidad humana impulsados desde el Estado durante esos años, el rompimiento del orden constitucional en junio de 2009 nos mostró que la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones a los derechos humanos solo genera la repetición crónica de las mismas.

La impunidad que ha amparado a los victimarios de los ochenta y que les ha permitido ostentar desde entonces cargos importantes dentro de las fuerzas de seguridad y los diferentes poderes del Estado, les generó la seguridad de que no hay consecuencias por sus abusos, por lo que pueden cometerlos siempre que se presente la oportunidad. No es de extrañar entonces que algunos de los violadores a derechos humanos de la década perdida son los mismos que planificaron, apoyaron y ejecutaron el golpe de Estado, y dejaron en total indefensión a las víctimas.⁴

Frente a las graves violaciones a derechos humanos, tanto en los ochenta como a partir del golpe de Estado de 2009, califi-

³ Dictamen de Leo Valladares Lanza rendida ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3 de marzo de 2003, en el marco del *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, núm. 99, pp. 17-19.

⁴ De acuerdo con la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, existen “rasgos comunes entre los responsables de violaciones recientes y de periodos anteriores. Son parte de las mismas instituciones, siguen la misma cultura de controlar más que servir a la sociedad, y operan en el mismo entorno de escaso control institucional”, en Comisión de la Verdad y la Reconciliación, *Para que los hechos no se repitan... cit.*, p. 280.

cadass como crímenes de lesa humanidad,⁵ el poder judicial, en vez de jugar un papel fundamental en la vigencia de los derechos humanos, abdicó “de su autoridad democrática, de su facultad constitucional de control de la legalidad” al no realizar investigaciones en el lugar de los hechos, al ignorar acusaciones e indicios que claramente señalaban quiénes podían ser los culpables de lo ocurrido.⁶ De esta manera, se realizaron procedimientos con el objetivo de sustraer a los involucrados directamente de su responsabilidad penal o sin las características de independencia e imparcialidad requeridas, como es el caso del juicio contra los miembros de la junta de comandantes que encabezaron la asonada militar y que fueron sobreseídos, así como el hecho de que se decretó una ley de amnistía en el año 2010, cuya ambigüedad facilita la obstrucción del esclarecimiento, enjuiciamiento y sanción de los responsables intelectuales y materiales de las violaciones a derechos humanos, dejándolas en total impunidad.⁷

Aunque las autoridades estatales públicamente han señalado que el decreto de amnistía no se aplica a hechos relativos a violaciones de derechos humanos, en algunos casos sobre violaciones al derecho a la libertad de expresión, por ejemplo, el poder judicial —particularmente los tribunales de primera instancia y de apelaciones— tendió a imponer criterios marcadamente restrictivos de evaluación de la prueba y de imputación, y aplicó indebidamente dicho decreto para sobreeser o absolver a policías y militares cuyas actuaciones fueron lesivas a los derechos humanos y, con ello, garantizó el estado de impunidad general en el marco del golpe de Estado.⁸

En virtud de la posición del poder judicial hondureño frente a los dos eventos políticos más trágicos para la democracia y el

⁵ *Ibidem*, pp. 279-285; Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, *Los hechos hablan por sí mismos. Informe preliminar sobre los desaparecidos en Honduras 1980-1993*, 2ª ed., Tegucigalpa, Editorial Guaymurás, mayo de 2002, p. 23.

⁶ *Ibidem*, p. 399. La cita textual corresponde a la misma página.

⁷ CIDH, *CIDH manifiesta preocupación por decreto de amnistía en Honduras*, comunicado 14/10, Washington, 3 de febrero de 2010.

⁸ Comisión de la Verdad y la Reconciliación, *Para que los hechos no se repitan...*, *cit.*, pp. 349, 356, 358, 361, 368 y 374.

Estado de derecho —la aplicación de la doctrina de seguridad nacional y el golpe de Estado—, se puede afirmar contundentemente que en Honduras nunca ha existido un sistema de justicia independiente e imparcial y, en consecuencia, los derechos humanos de la población difícilmente pueden ser respetados y protegidos efectivamente. En la historia de Honduras nunca ha existido un sistema judicial que se entienda y que actúe como tal, sino —con algunas excepciones de funcionarios judiciales honestos— un “servicio judicial” influenciado por los poderes institucionales y fácticos que operan entremezclados y, por ende, al servicio de los sectores económicos, políticos y religiosos más reaccionarios del país.⁹ Como consecuencia, la seguridad de impunidad de los victimarios ante la ausencia de una investigación y sanción judicial efectiva es un factor que contribuye a que las violaciones a derechos humanos se sigan cometiendo,¹⁰ alimentando el miedo en la sociedad e impidiendo la plena realización del Estado de derecho y la democracia.¹¹

10.2. LA RESPUESTA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DURANTE Y DESPUÉS DEL GOLPE DE ESTADO

Con un poder judicial que históricamente ha demostrado su incapacidad y falta de voluntad para controlar la arbitrariedad y proteger los derechos de la ciudadanía, no es de extrañar que “legalizara” el golpe de Estado y avalara el agravamiento de la situa-

⁹ Mejía Rivera, Joaquín A., *Honduras y los sistemas internacionales de protección de derechos humanos*, Tegucigalpa, Editorial Casa San Ignacio, 2010, pp. 167-168.

¹⁰ Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, *Los hechos hablan por sí mismos...*, *cit.*, pp. 349-350; Human Rights Watch, *Después del golpe de Estado: Continúan la violencia, la intimidación y la impunidad en Honduras*, Nueva York, Human Rights Watch, diciembre de 2010; Human Rights Watch, *Informe mundial 2012, Eventos de 2011*, Nueva York, Human Rights Watch, 2012, pp. 52-56; Mejía R., Joaquín A., “La situación de los derechos humanos en Honduras en el escenario postgolpe de Estado”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 12, Madrid, julio de 2010, pp. 3-18.

¹¹ CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, 7 de marzo de 2006, párr. 140.

ción de impunidad. Su actuación con respecto a las violaciones a los derechos humanos contravino los estándares internacionales relativos al debido proceso y a la protección judicial. Con la llegada al poder de los gobiernos de Porfirio Lobo Sosa y Juan Orlando Hernández Alvarado se evidenció una vez más que no existe capacidad ni voluntad política para revertir esta situación y luchar frontalmente contra la impunidad, al contrario, se han nombrado en altos cargos del Estado a funcionarios del gobierno *de facto* y a los jefes militares que dieron la asonada; todas las instituciones claves del sector de justicia —Policía Nacional, Corte Suprema de Justicia, Ministerio Público y Comisionado Nacional de Derechos Humanos— se mantienen en manos de quienes defendieron el rompimiento del orden constitucional; el derecho de acceso a la justicia de miles de víctimas continúa siendo transgredido debido a la falta de investigación efectiva y sanción de los victimarios.

El escenario del golpe de Estado lo refleja claramente, ya que las actuaciones de la Corte Suprema de Justicia presentan un claro contraste entre la celeridad y diligencia con la que ampararon, por ejemplo, al general golpista Romeo Orlando Vásquez Velásquez “y las múltiples dificultades y dilaciones que impusieron sobre los recursos de amparo de otros ciudadanos hondureños”,¹² cuyos derechos fundamentales se encontraban en riesgo.

El rompimiento del orden constitucional con su consecuente violación a los derechos fundamentales de la ciudadanía supuso para la Corte Suprema de Justicia una oportunidad histórica excepcional de haber estado a la altura del papel que constitucionalmente le correspondía, no obstante, en vez de situarse en el campo de la defensa de tales derechos, de la legalidad y del derecho, se acomodó del lado de quienes violentaron la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos, y pisoteó los valores de la jurisdicción a los que tenía que servir.¹³ Evidentemente, esto genera graves consecuencias para la convivencia social, la le-

¹² Comisión de la Verdad y la Reconciliación, Para que los hechos no se repitan..., *cit.*, p. 372.

¹³ Ibáñez, Perfecto Andrés, “Corte Suprema de Honduras: De golpe en golpe”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 69, nov, 2010, Madrid, p. 5.

gitud de las instituciones y el Estado de derecho —entendido como la exigencia de la sumisión y subordinación a la ley de todos los poderes del Estado, de los poderes no estatales, sociales, económicos y demás, y de todos los ciudadanos y ciudadanas—,¹⁴ ya que cuando la ley solo se aplica a los “ciudadanos y ciudadanas no impunes”, el Estado se vuelve represivo y regresivo, se desautoriza y deslegitima, evade el sometimiento universal al derecho y a los controles de legalidad y responsabilidad, y con ello, se crea un escenario propicio para la regresión y la profundización del empobrecimiento y la frustración de las grandes mayorías, con su consecuente multiplicación y agravamiento de los conflictos sociales y las crisis políticas, así como el estancamiento del proceso de democratización, lo cual revierte sobre el propio Estado y reduce su autoridad, su legitimidad y su consenso.¹⁵

En pocas palabras, se derrumba el Estado de derecho frente al binomio funesto de la impunidad y la corrupción que hiere al país en su mero corazón, pues “de la denegación de la justicia nacen los crímenes, el sufrimiento que trae consigo una sociedad descreída”. A pesar de que en las últimas décadas, en Honduras se han implementado reformas importantes destinadas a establecer estructuras y reglas básicas para mejorar la situación mediante la creación de nuevas instituciones y mecanismos para que estas funcionen, los resultados han sido poco efectivos, lo que se refleja en una impunidad de más de 80% de los delitos cometidos en el país.

Por tal razón, no es de extrañar que en Honduras, de acuerdo con los últimos sondeos de opinión pública realizados por el Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación (2010-2014) 94% de la población considera que la corrupción ha aumentado o sigue igual, y 82.3% que la aplicación de justicia ha empeorado o sigue igual, es decir, 8 de cada 10 hondureños tienen poca o ninguna confianza en la Corte Suprema de Justicia y el Ministerio Público (77.1%).

Pese a que el derecho a un recurso rápido y sencillo contra actos u omisiones que transgredan derechos humanos está reco-

¹⁴ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática... cit.*, p. 11.

¹⁵ Kaplan, Marcos, *El Estado Latinoamericano... cit.*, pp. 277-278.

nocido en tres niveles del andamiaje normativo hondureño, es decir, en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, la Constitución de la República y la Ley sobre Justicia Constitucional, en el contexto del golpe de Estado está suficientemente comprobado que los recursos judiciales disponibles no ofrecían una protección eficiente y eficaz contra las violaciones a derechos humanos,¹⁶ ya que la Corte Suprema de Justicia no solo defendió abiertamente el rompimiento del orden constitucional y avaló las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por las fuerzas represivas del Estado,¹⁷ sino que también continuó negando en forma sistemática la existencia de estas violaciones, lo cual se ha traducido “en inactividad, tolerancia e incluso sobreseimiento de quienes ejecutaron el golpe de Estado y las violaciones indicadas”.¹⁸ Años después, la falta de independencia e imparcialidad del poder judicial sigue afectando negativamente la efectividad de la administración de justicia y el rol potencial de los jueces como defensores de derechos humanos, y convirtiendo las garantías de *habeas corpus* y *amparo* en mecanismos ilusorios.¹⁹

No es extraño que de acuerdo con datos de la propia Corte Suprema de Justicia, el poder judicial recibió 81 recursos de amparo en el marco del golpe de Estado, de los cuales 2 fueron interpuestos por un abogado privado y por el Ministerio Público para amparar al general Romeo Vásquez Velázquez tras su destitución, y 79 por diferentes ciudadanos y organizaciones: 10 relativos a la detención y expulsión del expresidente Zelaya; 36 contra el decreto de restricción de derechos del 22 de sep-

¹⁶ CIDH, Honduras: derechos humanos y golpe de Estado, 30 de diciembre de 2009, p. 58, párr. 234.

¹⁷ OACNUDH, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las violaciones de los derechos humanos en Honduras desde el golpe de Estado de 28 de junio de 2009, Consejo de Derechos Humanos, 3 de marzo de 2010, p. 19, párr. 83.

¹⁸ CIDH, Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010, 3 de junio de 2010, párr. 110.

¹⁹ Declaración de la relatora especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de derechos humanos, Margaret Sekaggya, al concluir su visita oficial a Honduras del 7 al 14 de febrero de 2012.

tiembre de 2009; 18 relativos a los toques de queda; 5 contra la represión de movilizaciones en el aeropuerto de Toncontín y en la frontera con Nicaragua; 3 relacionados con los cierres y amenazas contra medios de comunicación, y 7 contra otros actos gubernamentales. Curiosamente, aunque muchos de estos recursos podían haber justificado la suspensión cautelar de los actos reclamados, debido al carácter flagrante y de gran impacto social de las transgresiones, únicamente los presentados a favor del general Vásquez Velásquez fueron otorgados y se dictó la suspensión cautelar de la acción que se denunciaba.²⁰

10.3. POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ANTE VIOLACIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En materia de libertad de expresión, en fecha 29 de septiembre de 2009, la Fiscalía de Derechos Humanos presentó un amparo administrativo a favor de “Radio Globo”, “Radio La Catracha”, “Cholusat Sur” y sus repetidoras, “Radio Pueblo Visión Canal 36” y a favor de Eduardo Napoleón Maldonado, director del programa “Hable como Habla”, en contra del decreto ejecutivo PCM-M-016-2009, dictado por el gobierno *de facto*, el 22 de septiembre de 2009, mediante el cual se autorizó a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), a través de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, suspender cualquier radioemisora, canal de televisión o sistema de cable que no ajustara su programación a las disposiciones de dicho decreto, que prohibía emitir cualquier publicación que ofendiera “la dignidad humana, a los funcionarios públicos, o atenten contra la ley, y las resoluciones gubernamentales; o de cualquier modo atenten contra la paz y el orden público”. Se solicitó, además, la suspensión de tal decreto como medida cautelar.²¹

Inicialmente, la autoridad contra la que se interpuso el recurso fue el Consejo de Ministros *de facto*, sin embargo, la Sala de lo Constitucional requirió precisar en forma concreta, como lo exi-

²⁰ Comisión de la Verdad y la Reconciliación, Para que los hechos no se repitan..., *cit.*, p. 369.

²¹ Expediente 1153-2009.

ge la ley —a la autoridad, funcionario, persona o entidad— contra quien presenta su acción, por lo que la recurrente señaló, en un escrito de enmienda, a Roberto Micheletti Baín, a los miembros del referido Consejo de Ministros que firmaron el decreto ejecutivo y a los comisionados de CONATEL, pues al amparo de tal decreto emitieron la resolución OD-019/09, a través de la cual ordenaron la suspensión de operaciones de varias estaciones de radio y televisión, así como el “apagado de transmisores, la desconexión de sistemas de radiación de señales radioeléctricas o decomiso de equipos de transmisión y sistemas radiantes”.²²

De acuerdo con la promotora del recurso, el decreto contra el cual solicitó el amparo violentaba los derechos contenidos en los artículos 64 y 73 de la Constitución de la República, que en su orden, establece que “No se aplicarán leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden, que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidos en esta Constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan” y que

Los talleres de impresión, las estaciones radio eléctricas, de televisión y de cualesquiera otros medios de emisión y difusión del pensamiento, así como todos sus elementos, no podrán ser decomisados ni confiscados, ni clausuradas o interrumpidas sus labores por motivo de delito o falta en la emisión del pensamiento, sin perjuicio de las responsabilidades en que se haya incurrido por estos motivos de conformidad con la Ley.

En su escrito de amparo, la recurrente denunció que el 28 de septiembre de 2009, CONATEL procedió a suspender las transmisiones de “Radio La Catracha”, el canal de televisión “Cholusat Sur” y “Radio Globo”, disponiendo un operativo que asaltó las instalaciones de dichos medios de comunicación y decomisó los

²² Asimismo, también se recurrió al señor Mario Flores Ponce en su condición de gerente y socio mayoritario de canal “Maya TV”, por haber dispuesto la cancelación del programa “Hable como Habla” dirigido por el periodista Eduardo Maldonado, también socio de dicho canal. El señalamiento del señor Flores Ponce, como autoridad recurrida, según la fiscal, lo hizo con base en el art. 42 de la Ley sobre Justicia Constitucional, el cual indica que “la acción de amparo procede contra quienes actúen por delegación del Estado, en virtud de concesión”. No obstante, en su resolución la Sala de lo Constitucional ni siquiera se pronunció al respecto.

equipos. Sobre estos hechos, la recurrente alegó que la garantía contenida en el artículo 73 de la Constitución no puede ser suspendida en los términos previstos en el artículo 187 constitucional, que establece que

El ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 69, 71, 72, 78, 81, 84, 93, 99 y 103, podrán suspenderse, en caso de invasión del territorio nacional, perturbación grave de la paz, de epidemia o de cualquier otra calamidad general, por el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Ministros [disponiendo las formalidades bajo las cuales se producirá la suspensión].

Evidentemente, el artículo 73 no está contenido en el catálogo de derechos que, en los casos previstos por el artículo 187, podría suspender el presidente de la República en Consejo de Ministros. Por tanto, el decreto ejecutivo PCM-M-016-2009 restringía arbitrariamente la garantía constitucional contenida en el artículo 73, en relación con lo que dispone el ya referido artículo 64 constitucional.

Nos parece importante resaltar que los fundamentos legales invocados por la Fiscalía se limitan únicamente a los artículos constitucionales (64, 73, 183 y 189) y los de la Ley sobre Justicia Constitucional (41, 42, 44, 47, 48, 49, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 63, 64, 65, 68 y 72), ignorando por completo el capítulo IV, concretamente el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regula las cuestiones relacionadas con la suspensión de garantías y la normativa del derecho internacional de los derechos humanos.

La Sala de lo Constitucional resolvió en un primer momento, el 6 de octubre de 2009: *a)* admitir el amparo de mérito sin suspensión del acto reclamado;²³ *b)* librar comunicación al titular del poder ejecutivo para que en el término de 5 días hábiles remitiera los antecedentes del caso o en su defecto un informe,²⁴

²³ La petición de suspensión del acto reclamado fue reiterada en escrito presentado por la recurrente en fecha 7 de octubre de 2009, siendo declarada también sin lugar, en fecha 9 de octubre de 2009.

²⁴ No consta en el expediente comunicación alguna que haya sido librada al titular del poder ejecutivo requiriéndolo para que remitiera los anteceden-

y c) declarar sin lugar la acción que intentó dirigir la recurrente contra la autoridad de CONATEL, aduciendo que la resolución atribuida a dicha entidad, por su naturaleza, no es susceptible de ser tramitada por la vía del amparo, sino por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por lo que la declaró inadmisibile con base en lo que dispone el artículo 46, numeral 8, de la Ley sobre Justicia Constitucional.²⁵

El 21 de octubre de 2009, la Sala de lo Constitucional emitió sentencia mediante la cual sobreseyó el recurso, aduciendo que en fecha 5 de octubre de 2009, “el Presidente Constitucional de la República en Consejo de Ministros emitió el decreto ejecutivo PCM-M-020-2009, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 32,040, en fecha diecisiete de octubre de dos mil nueve, mediante el cual deroga el Decreto Ejecutivo PCM-M-016-2009 [...]”. Los fundamentos legales de esta decisión son el artículo 46.6 de la Ley sobre Justicia Constitucional, que dispone que “es inadmisibile el recurso de amparo cuando han cesado los efectos del acto reclamado”; los artículos 1, 41, 42, 43, 44, 45 y 119 de la misma ley; los artículos 1 y 78.5 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, y los artículos 303, 304 y 313.5 de la Constitución de la República. Al igual que la recurrente, la Sala de lo Constitucional ignoró por completo la normativa y jurisprudencia internacional respectiva.

A mi juicio, la decisión de la Sala de lo Constitucional de no suspender el acto reclamado estuvo impregnada de un buen grado de arbitrariedad, puesto que sin motivación alguna en su resolución, simplemente dispuso admitir el recurso sin suspensión del acto, no exponiendo las razones por las cuales estimaba que no era procedente la suspensión. De la misma manera actuó en su resolución del 9 de octubre de 2009, mediante la cual desestimó la petición que en escrito separado hizo la recurrente. En menos de media página, la Sala de lo Constitucional solo se limitó a señalar “la no concurrencia de los presupuestos establecidos por

tes del caso o que informara. Tampoco existe remisión alguna de parte del ejecutivo cumpliendo dicho requerimiento.

²⁵ Según el artículo 46.8 de la Ley sobre Justicia Constitucional, es inadmisibile la acción de amparo “Cuando se tuvieren expeditos recursos o acciones legales en la vía contencioso administrativa”.

el artículo 59 de la Ley sobre Justicia Constitucional”.²⁶ Esta postura es definitivamente cuestionable, puesto que en primer lugar, la Sala de lo Constitucional no externó el razonamiento que agotó para arribar a la conclusión de que la petición de suspensión no encajaba en ninguno de los supuestos del artículo 59 de la Ley sobre Justicia Constitucional, contrariando abiertamente la jurisprudencia de la Corte IDH. Primeramente señala que las decisiones que adopten los órganos internos de los Estados que puedan afectar derechos humanos, “deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”.²⁷ Y en segundo lugar, porque en nuestra opinión, el caso de autos sí calificaba para la suspensión del acto, de acuerdo al numeral 1, del citado artículo 59, que establece que será decretada la medida cautelar sobre el hecho reclamado “[s]i de su mantenimiento resulta peligro para la integridad personal del reclamante o una grave e inminente violación de un derecho fundamental”.

Aunque efectivamente el artículo 46.6 de la Ley sobre Justicia Constitucional dispone que en esas circunstancias es inadmisibles el recurso, en el expediente no consta de ninguna manera la existencia del decreto posterior, ni como se dijo antes, el informe o remisión de antecedentes que tuvo que efectuar la autoridad recurrida. Si bien el gobierno *de facto* derogó el decreto ejecutivo PCM-M-016-2009 el 5 de octubre de 2009, cuya publicación en el Diario Oficial *La Gaceta* se realizó hasta el 17 de octubre; pasaron 24 días en los que la Sala de lo Constitucional dejó en completa indefensión a la población, particularmente a quienes se opusieron al golpe de Estado, pues no suspendió dicho decreto como medida cautelar, tal y como lo solicitó la recurrente, y

²⁶ El art. 59 de la LSJC establece que “Se decretarán medidas cautelares sobre el hecho, acto, resolución, amenaza, orden o mandato reclamado: 1) si de su mantenimiento resulta peligro para la integridad personal del reclamante o una grave e inminente violación de un derecho fundamental; 2) cuando su ejecución haga inútil el amparo al hacer difícil, gravosa o imposible la restitución de las cosas a su estado anterior; 3) cuando sea notoria la falta de jurisdicción o competencia de la autoridad, persona o entidad contra la que se reclama, y 4) en cualquier otra situación análoga a las anteriores”.

²⁷ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127, párr. 152.

esperó hasta que la dictadura lo derogase para sobreseer el recurso de amparo sin necesidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

En este caso, la Sala de lo Constitucional no solo omitió ejercer el control de constitucionalidad, sino que también ignoró totalmente su obligación de ejercer el control de convencionalidad, con lo cual hubiera tenido que suspender el acto reclamado en virtud de la importancia de la libertad de expresión en un Estado de derecho, la cual se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse, y que exige en una sociedad que se precie democrática, que se “garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”.²⁸

En este sentido, la vigencia del decreto ejecutivo PCM-M-016-2009, dictado por el gobierno *de facto*, constituyó una clara violación al artículo 13 de la Convención Americana, pues manifiestamente iba dirigido a restringir a los medios de comunicación opuestos al golpe de Estado bajo supuestas ofensas y atentados contra “la dignidad humana, los funcionarios públicos, la ley, las resoluciones gubernamentales, la paz y el orden público” y, por tanto, los sometió a medidas de control preventivo o censura previa respecto de las informaciones sobre el rompimiento del orden constitucional y las violaciones a los derechos humanos que estos medios publicaban y que constituían ofensas y atentados a criterio del censor, en este caso, del gobierno *de facto* y CONATEL.²⁹

Este tipo de calificativos previos que impuso el decreto limitó automáticamente toda aquella información sobre lo sucedido desde el 28 de junio de 2009, y que era contraria a la versión del gobierno *de facto*. Así, se intentó anular prácticamente todo el debate político, se transgredió el principio en virtud del cual la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén abiertos a todas las personas sin discriminación, es

²⁸ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas... *cit.*, párr. 69.

²⁹ *Ibidem*, párr. 33.

decir, que nadie esté excluido *a priori* del acceso a tales medios, y se irrespetaron los requisitos para que una restricción pueda ser considerada válida: a) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas; b) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines.³⁰

De cualquier manera, el propio decreto tenía un vicio de origen en los términos de la Convención Americana, que exige que la suspensión de garantías sea adoptada por un gobierno que ejerza el poder público en forma legítima dentro del contexto de una sociedad democrática, por tanto, la suspensión ordenada por el gobierno *de facto* carecía de toda legitimidad, pues se utilizó para atentar contra el sistema democrático, “que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona”.³¹ Frente a la evidente falta de legitimidad del gobierno *de facto*, la Sala de lo Constitucional simplemente se plegó y se convirtió en una de las principales instancias que, por acción y omisión, validó los actos ilegales y arbitrarios de dicho gobierno.

10.4. POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ANTE LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS

En materia de suspensión de garantías, el ya citado decreto ejecutivo PCM-M-016-2009 fue objeto de un total de 36 recursos de amparo presentados por diferentes ciudadanos, organizaciones de derechos humanos y la Fiscalía de Derechos Humanos, entre el 28 de septiembre y el 6 de octubre de 2009. Este decreto se vino a sumar a la restricción de derechos mediante toques de queda y estados de excepción que el gobierno *de facto* realizó desde el 28 de junio de 2009, en forma arbitraria y sin ningún tipo de base legal o legitimidad, y al decreto ejecutivo 011-2009 aprobado el 30 de junio y ratificado por el Congreso Nacional mediante el decreto legislativo 144-2009 de 2 de julio, el cual

³⁰ *Ibidem*, párrs. 32, 34 y 39.

³¹ Corte IDH, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías..., *cit.*, párr. 20.

también fue cuestionado a través de diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos ante la Sala de lo Constitucional.³²

Frente a los recursos presentados contra estos decretos, la Sala de lo Constitucional asumió una posición completamente pasiva y permisiva. Por un lado, dejó pasar el tiempo para declararlos sobreseídos por haber cesado sus efectos una vez que uno de los decretos fue derogado y, por otro, no otorgó la mayoría de ellos por defectos formales o por supuesta improcedencia sustantiva, por lo que muchos de ellos fueron declarados inadmisibles, denegados, caducados o sobreseídos, bajo la no muy convincente excusa de que “las cuestiones de constitucionalidad conllevan requisitos procesales particularmente complejos”.³³

Aunque los recursos presentados contra estos decretos eran adecuados para proteger la situación jurídica infringida, la rígida exigencia de ciertas formalidades por parte de la Sala de lo Constitucional los volvieron ineficaces para producir el resultado para el que fueron concebidos. De esta manera, los recursos fueron subordinados a exigencias procesales que los hicieron ilusorios e incapaces para obligar a las autoridades policiales y militares, a lo que se suma la evidente parcialidad de actuación de los miembros de la Sala de lo Constitucional debido a la existencia de una práctica o política para impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos que normalmente sí estaban al alcance de otras personas, como el general Vásquez Velásquez. En este escenario, al rechazar los recursos por razones nada convincentes y no llegar al examen de la validez de los mismos, la Sala de lo Constitucional hizo de la interposición de estos recursos una mera formalidad desprovista de sentido.³⁴

De acuerdo con los decretos impugnados, la suspensión de garantías abarcaba, entre otras, la libertad personal contenida en el artículo 69 constitucional; la prohibición de detención e incomunicación por más de 24 horas consagrada en el artículo 71

³² CIDH, Honduras: Derechos humanos y golpe de Estado..., *cit.*, p. 54, párrs. 213-214.

³³ Comisión de la Verdad y la Reconciliación, Para que los hechos no se repitan..., *cit.*, pp. 369-370 y 463.

³⁴ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...*, *supra*, párrs. 66-68.

constitucional; la libertad de asociación y de reunión garantizada por el artículo 78 constitucional, y la libertad de circulación reconocida en el artículo 81 constitucional. Debido a la falta de control judicial de los actos del gobierno *de facto*, las consecuencias que en los derechos humanos tuvieron los estados de excepción y los toques de queda “por quienes asumieron ilegítimamente el poder, se vieron agravadas por las graves deficiencias que afectan al sistema de administración de justicia desde hace décadas en Honduras”.³⁵

Pese a que la jurisprudencia interamericana ha reiterado que en todo estado de excepción debe garantizarse la subsistencia de medios o recursos idóneos para el control de las disposiciones que se dicten con el fin de que se adecúen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por los tratados internacionales de derechos humanos, la Sala de lo Constitucional colaboró para que tales recursos resultaran ilusorios debido a su falta de independencia e imparcialidad, ya que incurrió en retardos injustificados en sus decisiones. Por tanto, la suspensión de garantías ordenada por el gobierno *de facto* y avalada por el poder judicial supuso en la práctica la supresión o pérdida de efectividad de las garantías judiciales para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de excepción,³⁶ lo cual implicó una violación flagrante de la Convención Americana, que prohíbe suspender bajo ninguna circunstancia las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos.³⁷

³⁵ CIDH, Honduras: Derechos humanos y golpe de Estado..., *supra*, pp. 56-57, párr. 227. “En particular, no se desprende de la información recibida que ninguno de los órganos con facultades para promover investigaciones de oficio por violaciones a los derechos humanos haya impulsado actuaciones a nivel interno para determinar las responsabilidades correspondientes, a pesar de constatar, por ejemplo, la existencia de personas detenidas en forma ilegal, algunas de ellas gravemente heridas”.

³⁶ Corte IDH, Garantías judiciales en Estados de Emergencia..., *supra*, párr. 21, 25 y 28.

³⁷ Corte IDH, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías..., *supra*, párrs. 23 y 43.

10.5. POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
CON RESPECTO A VIOLACIONES
A LOS DERECHOS POLÍTICOS

En materia de derechos políticos, el 29 de junio de 2009 se presentó un recurso de amparo administrativo a favor de los ciudadanos José Manuel Zelaya Rosales, Enrique Flores Lanza, Patricia Rodas, los embajadores de Cuba y Venezuela, miembros de diferentes misiones de países amigos y representantes de la OEA. De acuerdo con el escrito de amparo, las autoridades contra las cuales se pidió el recurso fueron: a) el Congreso Nacional que emitió el decreto legislativo de fecha 28 de junio del mismo año que condujo al derrocamiento de Zelaya como presidente constitucional de la República y a la instauración de un gobierno *de facto* presidido por el presidente del poder legislativo; b) las Fuerzas Armadas que detuvieron ilegalmente, secuestraron y expulsaron del país al entonces presidente Zelaya y a los ciudadanos Flores Lanza y Patricia Rodas, y que también detuvieron ilegal y arbitrariamente a los embajadores de Cuba y Venezuela, a miembros de diferentes misiones de países amigos y a representantes de la OEA, y c) el Juzgado de Letras de lo Contencioso Administrativo, de quien se pide la suspensión total de la sentencia interlocutoria que dictó en fecha 27 de mayo de 2009 por actos administrativos inexistentes en el país, relativos a la llamada “cuarta urna”.³⁸

Los recurrentes hicieron una transcripción de artículos constitucionales relacionados con la forma de gobierno, la soberanía, la obligación ciudadana de defender la patria, la dignidad humana, el derecho a la vida, la libertad, la igualdad, el principio de presunción de inocencia, el debido proceso legal, la inviolabilidad del domicilio, la prohibición de expatriación de hondureños, el derecho de defensa, la libre emisión del pensamiento, la prohibición de regresión en materia de derechos reconocidos por la Constitución, entre otros. Igualmente, señalaron los artículos 1, 2, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la Convención Americana.

Los promotores del recurso de amparo partían de la base de que la Corte Suprema de Justicia, en vista de los hechos del 28

³⁸ Expediente 890-2009.

de junio de 2009, mantenía su estructura y legitimidad y, por ende, “gozaba de la potestad jurídica de restablecer el orden constitucional y ordenar el cese de las violaciones a los derechos fundamentales”. En tal sentido, alegaron que el Congreso Nacional, sin tener facultades para ello según el artículo 205 de la Constitución, destituyó del cargo al presidente de la República, lo cual calificaron como un proceder ilegal, arbitrario y transgresor del Estado de derecho. Asimismo, responsabilizaron a las Fuerzas Armadas de este ataque contra el orden constitucional al “detener, capturar en forma arbitraria, secuestrar y expatriar del país al presidente constitucional de la República José Manuel Zelaya sin mandato ni orden judicial”.

En fecha 9 de marzo de 2010, la Sala de lo Constitucional declaró improcedente el recurso, pues estimó que los recurrentes no plantearon con precisión los derechos vulnerados ni desarrollaron el concepto de las violaciones, ya que invocaron artículos constitucionales que no son objeto de protección mediante el amparo, pues dichos artículos no se refieren a la declaración, reconocimiento o protección de derechos fundamentales sino a la organización del Estado, lo cual contravenía el numeral 6 del artículo 49 de la Ley sobre Justicia Constitucional referido a los requisitos del escrito de interposición del amparo.³⁹

Aunque en la sentencia se señala que en el escrito de formalización del amparo sí hubo referencia a artículos que contienen derechos susceptibles de protección mediante la acción de amparo, además de que fueron desarrollados, la Sala de lo Constitucional se inhibió de pronunciarse al respecto, porque los derechos en referencia no fueron planteados ni en el escrito de interposición ni en el de enmienda. La Sala de lo Constitucional literalmente establece en el considerando 8 de la sentencia que:

[...] no se pronunciará con respecto a los derechos contenidos en los artículos 82, 89, 90⁴⁰ y a los artículos 304 y 323,⁴¹ ya que si bien

³⁹ “La acción de amparo se interpondrá por escrito y contendrá: [...] 6. El o los derechos constitucional que se consideran violados o amenazados [...].”

⁴⁰ Estos arts. se refieren, por su orden, al derecho de defensa, presunción de inocencia y debido proceso legal.

⁴¹ El art. 304 se refiere a la prohibición de crearse órganos jurisdiccionales de excepción es decir la prohibición de ser juzgado por jueces o tribunales *ad*

la acción de amparo está regida, entre otros, por el principio de no formalismo, no se puede desconocer que existen formalidades procesales, máxime cuando se trata de la materia recursiva, en la que existen obstáculos procesales de obligatorio cumplimiento, de lo contrario se generaría un desorden antojadizo o discrecional del que sobrevendrían ventajas para unos o desventajas para otros, propiciando vulneración al derecho de igualdad y al derecho de legalidad procesal.

Agrega además que los recurrentes tuvieron la oportunidad procesal para enmendar las falencias que tenía el escrito de interposición del recurso y no lo hicieron, y que la flexibilidad de la Sala de lo Constitucional “no puede llegar al extremo de permitir un abuso de dicho recurso y analizar derechos fundamentales no expuestos en su momento”.

Por otra parte, en el considerando 9, desestima pronunciarse sobre el derecho a la igualdad ante la ley, dado que dicho principio implica una prohibición de discriminación y que quien invoca la violación de tal derecho, debe demostrar que el “trato discriminatorio es arbitrario; es decir, que no sea razonable o con fundamento, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados para alcanzar el objetivo perseguido [...] y ese planteamiento fundamental no fue realizado por los recurrentes”.

La Sala de lo Constitucional, al pronunciarse sobre los artículos 81 y 102 de la Constitución de la República, también estimó que si bien fueron citados por los recurrentes, estos no expusieron pronunciamiento alguno sobre dichos artículos, sin embargo, de haber existido pronunciamiento, consideró que:

[...] no encuentra relación alguna con el decreto impugnado, ya que este se limita a improbar la conducta del entonces Presidente de la República ciudadano José Manuel Zelaya Rosales, a separarlo de su cargo como Presidente Constitucional de la República y a promover constitucionalmente al ciudadano Roberto Micheletti Baín, al cargo de Presidente Constitucional de la República.

hoc, ya que eso contraviene la garantía de juez natural que está contenida en el conjunto del debido proceso legal del art. 90. Por su parte el art. 323 establece que “Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella”.

En mi opinión, la Sala de lo Constitucional optó por el camino menos comprometido con la función fundamental que se desprende del mandato que contiene el artículo 2 de la Ley sobre Justicia Constitucional, que manda a interpretar y a aplicar la misma “siempre de manera que asegure una eficaz protección de los derechos humanos y el adecuado funcionamiento de las defensas del orden jurídico constitucional”. Del recurso promovido por los solicitantes se infiere que su interés fundamental es el restablecimiento de dicho orden jurídico, el cual consideraron quebrantado por el Congreso Nacional, al emitir el decreto legislativo de fecha 28 de junio de 2009, con el cual se destituyó al entonces presidente constitucional de la República José Manuel Zelaya Rosales.

En la sentencia de la Sala de lo Constitucional, es evidente que esta no hizo ningún razonamiento al respecto, y más bien, al margen de las deficiencias que pudo haber tenido el escrito de interposición del recurso y los subsecuentes, en la motivación de la sentencia se esfuerza por justificar lo injustificable, cuando trata de explicar el por qué no se pronuncia sobre el derecho constitucional a la igualdad, a no ser expatriado y a no ser juzgado sino por un juez natural, del cual se deriva la prohibición de creación de tribunales de excepción en ningún tiempo, rehuyendo así a la obligación que el ya citado artículo 2 de la Ley sobre Justicia Constitucional le impone en lo que respecta a la interpretación y aplicación de dicha ley “siempre de manera que asegure una eficaz protección de los derechos humanos”.

Se debe señalar que la Sala de lo Constitucional mostró una severa rigurosidad al momento de exigir el cumplimiento de ciertas formalidades a quienes interponen el recurso, pero no mostró esa misma rigurosidad cuando, al admitirlo, luego de que sus promotores enmendaran lo que les fue indicado en el auto que oportunamente emitiera, dispuso librar “comunicación [...] al titular del Congreso Nacional de la República para que dentro del término de tres (3) días remita los antecedentes del caso o en su lugar rinda un informe claro y detallado con relación al acto reclamado en amparo”. A pesar de que la citada disposición es del 3 de agosto de 2009, la comunicación fue librada y recibida en el Congreso Nacional hasta el 24 del mismo mes y año.

Además, los promotores del recurso de amparo tuvieron que requerir a la Sala de lo Constitucional en fechas 2 y 7 de septiembre un auto de apremio, con el fin de emplazar al Congreso Nacional para que enviara los antecedentes o, en su defecto, el informe del acto reclamado en amparo. La primera de dichas solicitudes fue resuelta el 3 de septiembre, disponiendo que en efecto se apremiara a la autoridad recurrida, concediéndole 24 horas al titular del Congreso Nacional para que cumplimentara lo mandado; y la segunda solicitud fue resuelta en fecha 10 de septiembre, y en ella simplemente se dispuso que el peticionario se estuviera a lo dispuesto en el auto de fecha 3 de septiembre. La orden de apremio nunca fue librada y el informe fue enviado a la Sala de lo Constitucional por el Congreso Nacional hasta el 24 de septiembre, es decir, un mes 30 días después de que fuera recibida la comunicación en la que se pedía la remisión de los antecedentes o en su defecto el informe.

Es evidente que en relación con el envío del informe por el Congreso Nacional, la Sala de lo Constitucional no actuó con la rigurosidad que aplicó a las solicitudes de los recurrentes y decidió ignorar lo establecido en el artículo 53 de la Ley de Justicia Constitucional en el sentido de que:

Si dentro del plazo señalado en el artículo anterior no se enviaren los antecedentes o el informe, la autoridad que estuviere conociendo de la acción dictará auto de apremio, mandando a requerir a la autoridad recurrida bajo el apercibimiento de que si no cumple dentro del término de veinticuatro horas con el mandato, se tendrá como violado el derecho o garantía que motiva la acción, y se resolverá este sin más trámite, salvo el caso fortuito o de fuerza mayor.

Por otra parte, el 1 de julio de 2009 se interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el mismo decreto legislativo de 28 de junio de 2009, que dispuso la separación de Zelaya Rosales como presidente constitucional y promovió a dicho cargo al señor Roberto Micheletti Baín; se alegó que el Congreso Nacional se atribuyó una función que no le está autorizada en la Constitución de la República y que su actuación lesionó gravemente el principio de legalidad y el Estado de derecho.⁴² Este recurso se

⁴² Expediente 906-2009.

fundamentó en los artículos 1, 2, 3, 59, 60, 61, 60, 61, 64, 71, 72, 74, 85, 90, 99, 102, 235, 236, 237, 321, 323, 324, 325, 326 y 327 de la Constitución. En este caso, la Sala de lo Constitucional ni siquiera admitió el recurso, argumentando falta de precisión “de la afectación de un interés particular determinado, por la violación de la norma secundaria impugnada”.

A mi juicio, esta fue una decisión con base en una consideración errada de los artículos en los que se basó el recurrente, ya que la Sala de lo Constitucional no admitió el recurso, ignorando que los artículos 235 y 236 constitucionales explican el interés directo y legítimo que pudiera tener cualquier persona que reclama la inconstitucionalidad de un decreto legislativo con el cual se destituyó al presidente constitucional de la República y nombró a otro en su lugar, sin que para ello tuviera facultades el Congreso Nacional. El artículo 236 establece que:

El Presidente de la República y tres designados a la Presidencia serán elegidos conjunta y directamente por el pueblo, por simple mayoría de votos. La elección será declarada por el Tribunal Nacional de Elecciones, y en su defecto, por el Congreso Nacional o por la Corte Suprema de Justicia en su caso.

Si bien el artículo 79.5 de la Ley sobre Justicia Constitucional dispone que uno de los requisitos que debe contener la demanda de inconstitucionalidad por vía de acción, es la “Explicación clara y precisa del interés directo, personal y legítimo que motiva su acción; así como la explicación del concepto que motiva su acción de inconstitucionalidad”, es también cierto que la Sala de lo Constitucional debió interpretar este artículo en los términos prescritos por el artículo 2 de la misma ley, que, como ya hemos dicho, manda interpretar y aplicar la misma “siempre de manera que asegure una eficaz protección de los derechos humanos y el adecuado funcionamiento de las defensas del orden jurídico constitucional”. Desde la óptica de los derechos políticos, los artículos 235 y 236 constitucionales legitiman a cualquier ciudadano o ciudadana para demandar la inconstitucionalidad de un acto legislativo que conduzca a la interrupción del mandato del titular del poder ejecutivo, puesto que dichas disposiciones establecen que ese cargo es ejercido en representación y “para beneficio del pueblo”, que es quien lo elige “directamente”.

Y siendo que el recurrente, en su calidad de ciudadano es parte integrante del pueblo, en cuyo beneficio es ejercido el cargo de presidente de la República, es entendido que se sienta agraviado directamente por un decreto que desconoció la voluntad del pueblo expresada en las urnas y truncó el mandato de aquel a quien eligió para que en su beneficio dirigiera al Estado desde el poder ejecutivo. En este caso, es claro que lo que estaba en el centro de la demanda de inconstitucionalidad era la defensa del orden jurídico constitucional y por ello, la Sala de lo Constitucional debió realizar un análisis serio de los artículos constitucionales 235 y 236, invocados por el demandante y contrastarlos con el 79.5 de la Ley sobre Justicia Constitucional, para concluir si ellos otorgaban legitimación suficiente al recurrente y lo colocaban en la posición personal de afectado directamente por la emisión del decreto legislativo que destituyó al presidente de la República y que además nombró un sustituto para el cargo.

10.6. EXISTENCIA DE UN SESGO DISCRIMINATORIO POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Finalmente, hay tres casos que evidencian la toma de posición por parte del poder judicial hondureño con respecto al golpe de Estado de junio de 2009: por un lado, como se mencionó con anterioridad (*supra* párr. 35), está el caso del general Vásquez Velásquez, en el que tanto el Ministerio Público como la Sala de lo Constitucional actuaron con la celeridad y diligencia digna de un Estado de derecho para ampararlo ante una supuesta violación de sus derechos, y por otro, los del expresidente Zelaya y de dos ciudadanos que, al igual que en los casos analizados anteriormente, tuvieron que enfrentar múltiples dificultades, dilaciones injustificadas, indiferencia y severa rigurosidad de cumplimiento de ciertas formalidades que evitaron un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto.

En el caso del general golpista Vásquez Velásquez, se presentaron dos recursos de amparo administrativo el día 25 de junio de 2009 contra la determinación dictada por el presidente Zelaya Rosales de separarlo de su cargo como jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de Honduras el 24 de junio del

mismo año, para lo cual se solicitó la suspensión del acto reclamado.⁴³ En los respectivos escritos solo se enumeraron los artículos constitucionales que supuestamente habían sido quebrantados (1, 64, 80, 82, 90, 94, 127, 129, 245.1, 278 y 321), pero sin efectuar ningún desarrollo que explicara cómo el acto impugnado lesionaba los derechos y garantías que se aducían violentados.

Los recurrentes argumentaron que la decisión del expresidente Zelaya violentaba los derechos del beneficiario del recurso, porque la Ley Constitutiva de las Fuerzas Armadas en su artículo 40 establece claramente las únicas causales por las que el Jefe del Estado Mayor conjunto puede ser removido, y la de no acatar la orden de apoyar el proyecto de la “cuarta urna” no estaba entre ellas y, por tanto, no justificaba tal decisión presidencial. No obstante, los promotores de la acción de amparo no expusieron en ningún momento los supuestos del referido artículo 40. Con una celeridad admirable e ignorando las falencias en el cumplimiento de los requisitos formales, la Sala de lo Constitucional admitió los dos recursos de amparo con suspensión del acto reclamado, requirió al poder ejecutivo el correspondiente informe y falló otorgando el amparo que supuso dejar sin efecto la disposición del presidente de la República y mantener en el cargo al general Vásquez Velásquez como Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas.

Contrariamente, en el recurso de amparo presentado el 29 de julio de 2009, a favor del expresidente Zelaya contra el decreto legislativo 141-2009 que lo separó ilegalmente de su cargo y nombró en su lugar al entonces presidente del Congreso Nacional, Roberto Micheletti Baín, en abierta violación al artículo 205 constitucional, la Sala de lo Constitucional ni siquiera admitió el recurso.⁴⁴

El promotor del recurso de amparo argumentó que el referido decreto fue emitido en violación al principio de separación de poderes, ya que “la complementariedad, independencia y la no

⁴³ Los amparos fueron presentados separadamente por Manuel Rodrigo Mazariegos Zúniga y por el Ministerio Público a través de la Fiscalía de Defensa de la Constitución. La Sala de lo Constitucional decidió acumularlos y tramitarlos en un solo expediente (881 y 883-2009).

⁴⁴ Expediente 929-2009.

subordinación, no confiere potestad de ningún poder sobre otro, mucho menos confiere autoridad para que desde un poder del Estado se pueda separar o destituir a cualquiera de sus representantes”. Además, sostuvo que la facultad de aprobar o improbar la conducta administrativa no incluye la potestad de separar al presidente de la República de su cargo. La Sala de lo Constitucional no admitió el recurso argumentando falta de precisión “de la afectación de un interés particular determinado, por la violación de la norma secundaria impugnada” y fundamentó su decisión en los artículos 184, 185, 303, 304, 313.5 y 316 de la Constitución de la República; 8 y 25 de la Convención Americana; y 74, 78, 79 y 119 de la Ley sobre Justicia Constitucional.

En este caso, la Sala de lo Constitucional ni siquiera se tomó la molestia de asegurarse de qué tipo de recurso se trataba y aplicó de modo automático el artículo 79 numeral 5 de la Ley sobre Justicia Constitucional, aduciendo que el recurrente no aportó “una explicación clara y precisa del interés directo, personal y legítimo que motiva su acción”, el cual es un requisito de admisibilidad —ni siquiera inflexible— para el recurso de inconstitucionalidad, pero no para el amparo, tal y como se trataba en este asunto concreto.

Aún si la Sala de lo Constitucional se hubiera dado cuenta de que estaba “resolviendo” un recurso de amparo y no uno de inconstitucionalidad, y de que debían subsanarse errores de forma, debió avocarse al artículo 46, que establece las causales de inadmisibilidad del recurso de amparo, al artículo 49, que plantea los requisitos del escrito de amparo o al 50, todos de la Ley sobre Justicia Constitucional, que señala que si no se han observado dichos requisitos, se le concederá al accionante el término de tres días para que subsane lo pertinente y solo si no lo hace, se declarará inadmisibile la acción. Con esta “confusión” sobre la naturaleza del recurso presentado, la Sala de lo Constitucional impidió al recurrente el acceso a la justicia, valiéndose de un argumento legal inválido, lo cual hace suponer que existía una predeterminación institucional dirigida a no admitir o, en todo caso, a no declarar procedente cualquier acción impugnativa que tuviera la finalidad de revertir lo dispuesto por el Congreso Nacional el 28 de junio de 2009, a través del decreto 41-2009. Este tipo de conducta evidenció un poder judicial comprometido, al

más alto nivel, con decisiones de orden político que lo apartaron de su condición independiente, imparcial y competente para garantizar los derechos de la ciudadanía.

De la misma forma, la falta de diligencia por parte de la Sala de lo Constitucional se ve ejemplificada en un recurso de *habeas corpus* o de exhibición personal que había sido conocido y declarado improcedente por el Juzgado de Letras Penal de la Sección Judicial de San Pedro Sula, y que fue promovido a favor de dos ciudadanos. La Sala de lo Constitucional tardó ocho meses en fallar al respecto.⁴⁵ De acuerdo con los recurrentes, en fecha 18 de julio de 2009 varios miembros de la Policía Nacional Preventiva irrumpieron violentamente en la casa de José Orlando Enamorado, ubicada en la colonia La Unión de San Pedro Sula, y lo apresaron junto a su compañero Jorge Javier Salavarría, quienes además fueron brutalmente golpeados y llevados con rumbo desconocido. Se presentó un recurso de *habeas corpus* ante el Juzgado de Letras Penal de San Pedro Sula el 23 de julio de 2009, y hasta el 4 de diciembre del mismo año, dicho tribunal se pronunció declarando improcedente el recurso.

El 9 de diciembre de 2009, la Sala de lo Constitucional recibió en consulta este recurso y fue hasta el 17 de agosto de 2010 que revocó el fallo de primera instancia, al constatar que el Juzgado no dispuso ninguna medida conducente para dar con el paradero de los beneficiarios del recurso, y mandó devolver los antecedentes al Juzgado de procedencia, a efecto de que se instruyera las medidas pertinentes para lograr la ubicación de las presuntas víctimas, detallando al menos dos diligencias que debían realizarse para tales fines. Igualmente, ordenó la reserva de las actuaciones hasta que aparecieran o fueran encontrados los beneficiarios del recurso.

Cabe destacar que la sentencia del Juzgado de Letras Penal de San Pedro Sula declaró improcedente el recurso a partir del informe que en fecha 1 de diciembre de 2009 presentó la juez ejecutora nombrada al efecto, quien informó que en ninguna de las instalaciones policiales visitadas e inspeccionadas encontró a los beneficiarios del recurso ni indicios de que hubiesen estado detenidos. Por su parte, la Sala de lo Constitucional revocó

⁴⁵ Expediente 1358-2009. De acuerdo con el artículo

la decisión anterior basándose en el artículo 29 de la Ley sobre Justicia Constitucional, que establece que:

Si la autoridad o persona requerida negare haber restringido la libertad del beneficiario del recurso de *habeas corpus*, el tribunal deberá ordenar todas las medidas pertinentes para lograr la ubicación del mismo, reservando las actuaciones hasta que la persona aparezca o sea encontrada.

En este caso, es evidente que la actuación del sistema judicial fue absolutamente negligente, ya que para empezar, la juez ejecutora inició su labor cuatro días después de su nombramiento y rindió su informe el 1 de diciembre, es decir, más de cuatro meses después, con lo cual se desvirtuaron las características esenciales de la institución del *habeas corpus*, como son la prioridad e inmediatez, las cuales constituyen un principio y regla especial de la jurisdicción constitucional, tal como se declara en el artículo 4.3 de la Ley sobre Justicia Constitucional. Esas mismas deficiencias se atribuyen a la Sala de lo Constitucional, quien si bien emitió sentencia revocatoria del fallo del Juzgado de Letras, no lo hizo sino hasta el 17 de agosto de 2010, es decir, más de ocho meses después de que los antecedentes llegaran a su conocimiento.

Aunque la Sala de lo Constitucional dispuso revocar la sentencia del Juzgado inferior y le instruyó para que dispusiera las medidas que condujeran a la localización de los beneficiarios del recurso, es suficientemente claro que cualquier resultado que llegare a derivarse de dichas actuaciones ya sería totalmente ineficaz para verificar la legalidad y las condiciones de la detención, y para restituir la libertad de los afectados. Este caso es un ejemplo de cómo se vulneró la obligación estatal de resolver en un plazo razonable, lo cual condujo a que en este caso en concreto, el recurso de *habeas corpus* se convirtiera en una formalidad carente de sentido y en un mecanismo de garantía apenas ilusorio.

10.7. CONCLUSIONES

No cabe duda de que existió un sesgo discriminatorio con el que la Sala de lo Constitucional decidió, por un lado, proteger rápi-

da y eficazmente a personas vinculadas con la consumación del golpe de Estado frente a supuestas violaciones a sus derechos y, por otro, dispuso rechazar, evitar u obstaculizar las acciones de otros ciudadanos cuyos derechos humanos, incluido el derecho a la democracia, sí se encontraban en una evidente situación de grave peligro y vulnerabilidad. Por ello es que se puede concluir que “[e]l día que el poder judicial ampare a todos los ciudadanos con la misma eficacia que lo hizo con el general, se alcanzará a ver el fin de la impunidad en Honduras”.⁴⁶

La actuación del poder judicial en general y de la Sala de lo Constitucional en particular, con respecto a las graves violaciones a los derechos humanos, contravino los estándares internacionales referidos a la tutela judicial efectiva y lo convirtió en victimario, puesto que encubrió los crímenes, protegió a los delincuentes, a quienes blindó con el escudo de la corrupción, formando o siendo parte de una estrategia del Estado para preservar los intereses del poder a toda costa y agravó severamente el daño, a tal punto que tales violaciones han sido consideradas crímenes de lesa humanidad.⁴⁷

Paradójicamente, cuatro de los cinco magistrados de la Sala de lo Constitucional fueron víctimas de violaciones a sus derechos humanos a través de un nuevo golpe de Estado, cuando en diciembre de 2012, el Congreso Nacional presidido por el actual presidente de la República, Juan Orlando Hernández, les destituyó de manera ilegal e inconstitucional.

⁴⁶ Comisión de la Verdad y la Reconciliación, Para que los hechos no se repitan..., *cit.*, p. 372.

⁴⁷ Para un análisis al respecto véase, Comisión de la Verdad y la Reconciliación, Para que los hechos no se repitan..., *cit.*, t. II, cap. III, pp. 536-539; Mejía R., Joaquín A., “Una mirada interamericana a la justicia penal internacional: El caso de Honduras”, en Boeglin, Nicolás, Hoffmann, Julia y Sainz-Borgo, Juan Carlos (eds.), *La Corte Penal Internacional: Una perspectiva latinoamericana*, San José, Costa Rica, University for Peace Press, 2012, pp. 101-135; Mejía R., Joaquín A. y Bengtsson, Verénice, “La justicia penal internacional desde la perspectiva de la situación en Honduras”, en Mejía R., Joaquín A. y Ballesteros de León, Gerardo (coords.), *Tres miradas latinoamericanas a la justicia penal internacional. Colombia, Honduras y México*, Tegucigalpa, Editorial San Ignacio-Editorial Guaymurás, 2014, pp. 79-102.

Honduras vive una intensa paradoja, pues el poder judicial es la institución que más se ha beneficiado materialmente de las reformas constitucionales, ya que el establecimiento de un presupuesto por mandato constitucional y los fondos obtenidos de la cooperación internacional le han permitido el aumento del número de jueces y la ampliación de la prestación de servicios a más regiones del país, mejoras en las instalaciones judiciales y salarios, adopción de tecnología de vanguardia y la introducción de importantes innovaciones. Sin embargo, los indicadores cuantitativos y cualitativos siguen siendo bajos, debido principalmente a la injerencia política, la corrupción y la falta de transparencia que, sin duda, limitan el acceso no solo a los tribunales, sino a la justicia en general, con lo cual se generan altos niveles de deslegitimación y desconfianza por parte de la ciudadanía y los justiciables.

Aunque en los últimos años Honduras se encuentra en un debate —hasta ahora infructuoso— sobre la reforma en materia de seguridad interna, se advierte la ausencia del poder judicial en la discusión. El impacto de sus resultados —o falta de ellos— es directamente proporcional a los altísimos niveles de impunidad que se viven en el país. Es indispensable incorporar a los jueces en el análisis y propuestas de reforma. No basta señalar que la justicia no funciona porque la policía y los fiscales no producen resultados. La necesidad de contar con jueces profesionalmente idóneos, honestos, motivados y valientes no puede ser soslayada.⁴⁸ Por ello, es fundamental superar todas las irregularidades en el proceso de selección de las altas autoridades del poder judicial, que hasta el momento, evidencian la primacía de criterios políticos sobre la meritocracia, evitando así la existencia de poderes públicos independientes y profesionales que luchen frontalmente contra la impunidad.⁴⁹

⁴⁸ Comisión Multinacional de la Alianza por la Paz y la Justicia, Segundo informe de visita a Honduras, mayo de 2013, párr. 31, p. 8.

⁴⁹ Comisión Multinacional de la Alianza por la Paz y la Justicia, Tercer informe, octubre de 2013.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pról. de Luigi Ferrajoli, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1993.
- , *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- , “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, trad. de Alfonso García Figueroa, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
- AMAT, Patricia y FRIED, Mark *et al.*, *Comercio con justicia para las Américas. Agricultura, inversiones y propiedad intelectual, tres razones para decir no al ALCA*, Oxfam Internacional, 2003.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996.
- , “Corte Suprema de Honduras: De golpe en golpe”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 69, nov, 2010, Madrid.
- ANSUÁTEGUI, Francisco Javier, “Las definiciones del Estado de derecho y los derechos fundamentales”, en *Sistema*, núm. 158, Madrid, 2000.
- ARROYO PICARD, Alberto, *Resultados del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en México: Lecciones para la negocia-*

- ción del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas*, México, Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio-Oxfam Internacional, 2001.
- AYALA CORAO, Carlos y NIKKEN BELLISHAW-HÓGG, Pedro, *Defensa colectiva de la democracia: definiciones y mecanismos*, Lima, Comisión Andina de Juristas-The Carter Center, 2006.
- BALDASARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, trad. de Santiago Perea Latorre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- BARCELLONA, Pietro, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Madrid, Trotta, 1992.
- BEJARANO, Fernando, “El depósito de residuos tóxicos de Metalclad”, en Guadalcázar, San Luis Potosí,” en SALAZAR, Hilda y CARLSEN, Laura (eds.), *Respuestas sociales ante la integración: Impactos socioambientales del TLCAN*, México, Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio, 2001.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Bogotá, FCE, 1994.
- , *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.
- , *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, FCE, 1989.
- , “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos-Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- , “Sobre los derechos sociales”, en *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2003.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “La democracia como principio constitucional”, en *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, pról. y trad. de Rafael Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.
- , “Origen y cambio del concepto del Estado de derecho”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, pról. de Francisco J. Battista, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- , “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en *Escritos so-*

- bre derechos fundamentales*, pról. de Francisco J. Batisda, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- BOVERO, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, abr, México, ITAM, 2002.
- BUERGENTHAL, Thomas, “The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and differences”, en *American University Law Review*, vol. 30, núm. 155, 1980-1981.
- , “The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights”, en *The American Journal of International Law*, vol. 69, núm. 4, oct, 1975.
- CALVO CARAVACA, Alfonso L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1989.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, pról. de Máximo Pacheco Gómez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- , “Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de derecho”, en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, año 1, vol. 1, núm. 1, 1999.
- , “El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional”, en CANÇADO TRINDADE, Antônio y VENTURA RODRÍGUEZ, Manuel, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, ACNUR-Corte IDH, 2003.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999.
- , *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2001.
- CERDAS CRUZ, Rodolfo, “Democracia y derechos humanos”, en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAIZA, Rafael (comps.), *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, t. I.

- COLLIER, David y LEVITSKY, Steve, “Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research”, en *World Politics*, vol. 49, num. 3, abril 1997.
- CONCHA, Miguel, “La izquierda social y los DESC”, en AA.VV., *La dimensión política de los derechos económicos, sociales y culturales. Una invitación al debate*, México, Terre des Hommes France-REMISOC, 2006.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994.
- COURTIS, Christian, *Derechos sociales ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*, Bilbao, Instituto de Derechos Humanos-Universidad de Deusto, 2007.
- , “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en COURTIS, Cristian; HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa-ITAM, 2005.
- CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- DAHL, Robert A., *La democracia económica. Una aproximación*, trad. de Mireia Bofia, Barcelona, Hacer, 2002.
- , *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson, Barcelona, Paidós, 1992.
- DAVIDSON, Scott, “Procedure under the Optional Protocol”, en CONTE, Alex; DAVIDSON, Scott y BURCHILL, Richard, *Defining civil and political rights. The jurisprudence of the United Nations Rights Committee*, Hants, Inglaterra, Ashgate-Aldershot, 2004.
- DENNIS, Michael J. y STEWART, David P., “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?”, en *The American Journal of International Law*, vol. 98, núm. 3, jul, 2004, Washington.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 9ª ed., Madrid, Taurus Ediciones (1966), 1998.

- , “Estado de derecho y democracia”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núms. 19-20, Universidad de Extremadura, 2001-2002.
- DILLON, John y DAWKINS, Kristin, “Análisis del Borrador del Área de Libre Comercio de las Américas sobre derechos de propiedad intelectual”, en AA.VV., *El ALCA al desnudo: Críticas al texto del borrador del Área del Libre Comercio de las Américas de noviembre de 2002*, Alianza Social Continental, 2003.
- DULITZKY, Ariel E., “Alcance de las obligaciones internacionales de derechos humanos”, en MARTIN, Claudia; RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y GUEVARA B., José A. (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana-American University-Fontamara, 2004.
- EVJU, Stein, “Should Norway ratify the Optional Protocol to the ICESCR? -That is the question”, en *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27, núm. 1, edición especial: Perspectives on a New Complaint and Inquiry Procedure: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2009.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., San José, Costa Rica, IIDH, 2004.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden internacional”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pról. de Norberto Bobbio, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, 6ª ed., Madrid, Trotta, (1995), 2004.
- , *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. de Gerardo Pisarello *et al.*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- , *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011.

- , “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.
- , “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.
- , “Jurisdicción y democracia”, en *Jueces para la democracia. Información y Debate*, núm. 29, jul, 1997, Madrid, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez.
- , “La legalidad violenta”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 41, 1990.
- , “Sobre la definición de «democracia». Una discusión con Michelangelo Bovero”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 19, México, 2003, ITAM.
- , “Sobre los derechos fundamentales”, trad. de Miguel Carbonell, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 15, jul-dic, 2006, México, IJJ-UNAM.
- FIOROVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996.
- GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, Madrid, El Viejo Topo, 2013.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (ed.), *Construyendo una Agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, San José, Costa Rica, Publicaciones CEJIL, 2004.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed., Madrid, Alianza, 1988.
- GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, 1ª reimp. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.

- Garzón Valdés, Ernesto, “Derecho y democracia en América Latina”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 14, abr, 2001, México.
- GÓMEZ CAMACHO, Juan José, “La propuesta de crear un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en GUTIÉRREZ, Juan Carlos (coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, 2005.*
- GÓMEZ, Manuel Ángel y SCHWENTESIUS RINDERMANN, Rita, “Impacto del TLCAN en el sector agroalimentario mexicano. Evaluación a 10 años”, en AA.VV., *Lecciones del TLCAN: El alto costo del “libre” comercio*, México, Alianza Social Continental-Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio, 2003.
- GONZÁLEZ FAUS, José Ignacio, *Abjurar la modernidad. Pecados originales de Occidente*, Barcelona, Cristianisme i Justícia, 2002.
- HALPERIN, Morton y ORENTLICHER, Diane, “El nuevo Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 2007, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago de Chile.
- HESBRUEGGE, Jan Arno, “Human rights violations arising from conduct of non-state actors”, en *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 11, 2005.
- HIERRO, Liborio, “Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en ALEXY, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- JINESTAS, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Santiago de Querétaro, Fundap, 2012.
- JOCHNICK, Chris, “Confronting the impunity of Non-State Actors: New fields for the promotion of human rights”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 21, núm. 1, feb, 1999, The Johns Hopkins University Press.

- JORI, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, en CABO, Antonio de y PISARELLO, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli*, Madrid, Trotta, 2001.
- JULIÁ SANTIAGO, José Juan, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos, 2011.
- KRSTICEVIC, Viviana, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano”, en Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (ed.), *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, San José, Costa Rica, Publicaciones CEJIL, 2004.
- KUNZ, Josef L., “The Bogota Charter of the Organization of American States”, en *The American Journal of International Law*, vol. 42, núm. 3, jul, 1948.
- LANGA, Pius, “Taking Dignity seriously. Judicial Reflections on the Optional Protocol to the ICESCR”, en *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27, núm. 1, edición especial: Perspectives on a New Complaint and Inquiry Procedure: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2009.
- LANGFORD, Malcolm y KING, Jeff A., “Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en LANGFORD, Malcom (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trend in international and comparative law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.
- LEBLANC, Lawrence J., “Economic, Social, and Cultural Rights and the Interamerican System”, en *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, vol. 19, núm. 1, feb, 1977.
- LECKIE, Scott y GALLAGHER, Anne (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights. A legal resource guide*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2006.
- LEVIN, Leah, *Derechos humanos: preguntas y respuestas*, Bilbao, Ediciones UNESCO-Bakeaz, 1999.

- LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, trad., pról. y notas de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás María, *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*, Madrid, Trotta, 1992.
- MACPHERSON, C. B., *La teoría del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, trad. de Juan Ramón Capella, Madrid, Trotta, 2005.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *Derecho internacional público: parte general*, 4ª ed. rev., Madrid, Trotta, 2005.
- , “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de Naciones Unidas”, en *Derechos y Libertades: Revistas del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 3, núm 6, feb, 1998, Madrid.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, *The battle of Human Rights. Gross systematic violation in the Inter-American System*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- MEJÍA RIVERA, Joaquín A., *Aportes teóricos para promover los derechos sociales desde el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, pról. de Ricardo García Manrique, Tegucigalpa, Editorial San Ignacio, 2012.
- , *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, pról. de Felipe González, México, IIDH-Centro de Estudios de Actualización en Derecho-Editorial UBIJUS, 2015.
- , *Honduras y los sistemas internacionales de protección de derechos humanos*, Tegucigalpa, Editorial Casa San Ignacio, 2010.
- , *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito convencional de la ONU*, pról. de Francisco Quintana, Tegucigalpa, Editorial San Ignacio, 2011.
- , *Los derechos humanos y el Estado de derecho en Honduras: Teoría y realidad*, con la colaboración de Romel Jurado Vargas, Tegucigalpa, Editorial Casa San Ignacio, dic, 2007.
- , *Una mirada a la justicia constitucional hondureña desde la óptica de los derechos humanos*, Tegucigalpa, Editorial San Ignacio-Editorial Guaymuras, 2012.

- , “Entre la legitimidad y la esquizofrenia social y estructural”, en BASABE SERRANO, Santiago (comp.), *Instituciones e institucionalismo en América Latina: perspectivas teóricas y enfoques disciplinarios*, Quito, Ecuador, Editorial del Centro de Investigaciones de Política y Economía, 2007.
- , “La situación de los derechos humanos en Honduras en el escenario postgolpe de Estado”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 12, jul, 2010, Madrid.
- , “Tratados de libre comercio y derechos humanos: Un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, año IV, núm. 5, dic, 2009.
- , “Una mirada interamericana a la justicia penal internacional: El caso de Honduras”, en BOEGLIN, Nicolás; HOFFMANN, Julia y SAINZ-BORGO, Juan Carlos (eds.), *La Corte Penal Internacional: Una perspectiva latinoamericana*, San José, Costa Rica, University for Peace Press, 2012.
- ; BECERRA R., José de Jesús y FLORES, Rogelio (coords.), *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*, Tegucigalpa, Editorial San Ignacio-Editorial Guaymuras, 2016.
- y BENGTTSSON, Verence, “La justicia penal internacional desde la perspectiva de la situación en Honduras”, en MEJÍA R., Joaquín A. y BALLESTEROS DE LEÓN, Gerardo (coords.), *Tres miradas latinoamericanas a la justicia penal internacional. Colombia, Honduras y México*, Tegucigalpa, Editorial San Ignacio-Editorial Guaymuras, 2014.
- MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Quito, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School-Centro de Derechos Económicos y Sociales, 2003.
- MÉNDEZ, Juan E. y DULITZKY, Ariel, “Medidas cautelares y provisionales”, en COURTIS, Cristian; HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa-ITAM, 2005.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de

- Derechos Humanos”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, Madrid, UNED-Centro de Estudios Ramón Areces, 2007.
- MUÑOZ, Heraldo y D’LEON, Mary, “The right to democracy in the Americas”, en *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, vol. 40, núm. 1, 1998.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-CEPC, 2000.
- NIKKEN BELLSHAW-HÓGG, “Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana”, en AYALA CORAO, Carlos y NIKKEN BELLSHAW-HÓGG, Pedro, *Defensa colectiva de la democracia: definiciones y mecanismos*, Lima, Comisión Andina de Juristas-The Carter Center, 2006.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert, “¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo”, en *Revista Derechos y Libertades*, época II, núm. 21, jun, 2009, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Madrid.
- OCHOA RUIZ, Natalia y SALAMANCA AGUADO, Esther, “El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: un análisis preliminar”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12, 2006.
- ÖZDEN, Malik y NDAGIJIMANA, François, *¿Por un Protocolo del PIDESC!*, Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM), 2006.
- PASQUALUCCI, Jo M., *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003.
- PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2003.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel Llamas Gascón, Uni-

- versidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- , “La universalidad de los derechos humanos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 15-16, 1994, Alicante.
- , “Los derechos humanos: la moralidad de nuestro tiempo”, en AA.VV., *La garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990.
- , “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2005.
- , *Los derechos fundamentales*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.
- PÉREZ ROCHA, Manuel y PORTER, Steve *et al.*, “El proyecto del ALCA y los derechos de los inversionistas. «Un TLCAN Plus»: un análisis del borrador del capítulo de inversiones del ALCA”, en AA.VV., *El ALCA al desnudo: Críticas al texto del borrador del Área del Libre Comercio de las Américas de noviembre de 2002*, Alianza Social Continental, 2003.
- PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto-Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997.
- PINTORE, Anna, “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, trad. de Juan A. Pérez Lledó, núm. 23, 2000, Alicante.
- PIPAN, Anita, *Los derechos humanos y la OMC*, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2006.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- , *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.
- , “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”, en ABRAMOVICH, Víctor; AÑÓN,

- María José y COURTIS, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Ediciones Coyoacán, 2003.
- , “Por un concepto exigente de Estado de derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, en *Sistema*, núm. 144, 1998, Madrid.
- PORTER, Bruce, “The reasonableness of article 8(4). Adjudicating claims from the margins”, en *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27, núm. 1, edición especial: Perspectives on a New Complaint and Inquiry Procedure: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Derechos fundamentales”, en *Derechos fundamentales, constitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra Editores, 2002.
- QUEL LÓPEZ, F. Javier, “Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en EMBID IRUJO, Antonio (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Madrid, Iustel, 2009.
- RABINOVICH, Eleonora, “Protesta, derechos y libertad de expresión”, en RABINOVICH, Eleonora; MAGRINI, Ana Lucía y RINCÓN, Omar (eds.), *Vamos a portarnos mal. Protesta social y libertad de expresión en América Latina*, Bogotá, Centro de Competencia en Comunicación para América Latina-Friedrich Ebert Stiftung, 2011.
- RINCÓN, Omar, “...De rebeldías y protestas públicas y masivas”, en RABINOVICH, Eleonora; MAGRINI, Ana Lucía y RINCÓN, Omar (eds.), *Vamos a portarnos mal. Protesta social y libertad de expresión en América Latina*, Bogotá, Centro de Competencia en Comunicación para América Latina-Friedrich Ebert Stiftung, 2011.
- RÍOS KOHN, Rebeca, “Vivir libre de la pobreza es un derecho humano”, en AA.VV., *Consolidación de derechos y garantías: Los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

- RODRÍGUEZ OLVERA, Óscar, *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Granada, Comares, 1998.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, “Las Declaraciones Francesa y Universal de los Derechos Humanos”, en AA.VV., *Bicentenario de la Revolución francesa*, México, IJ-unam, 1991.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, “Estado de derecho y democracia”, en *Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, la Democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Contribuciones para el debate*, Buenos Aires, Aguilar-Altea-Taurus-Alfaguara, 2004.
- ROSAS, Allan y SCHEININ, Martin, “Implementation Mechanisms and Remedies”, en ASBJØRN, Eide; KRAUSE, Catarina y ROSAS, Allan (eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook*, 2ª ed. rev., Boston-Londres-Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón, Madrid, Taurus, 2003.
- SCHEININ, Martin, “Justiciability and the Indivisibility of Human Rights”, en SQUIRES, John *et al.* (eds.), *The road to a remedy. Current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Australia, Australian Human Rights Centre-The University of New South Wales-Centre on Housing Rights and Evictions, 2005.
- SEN, Amartya, “The right not be hungry”, en ALSTON, Philip y TOMAŠEVSKI, Katrina (eds.), *The right to food*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
- SEPÚLVEDA, Magdalena, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión «progresivamente»”, en COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- , “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un llamado a la acción”, en GUTIÉRREZ, Juan Carlos (coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales (Memorias del*

- Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*), México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-SRE, 2005.
- SIMMONS, Beth A., “Should States ratify? Process and consequences of the Optional Protocol to the ICESCR”, en *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27, núm. 1, edición especial: Perspectives on a New Complaint and Inquiry Procedure: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2009.
- SLACK, Keith, “Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina”, en *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, año 4, núm. 15, Empresa y derechos humanos: una relación compleja, sep, 2011, Washington.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, vol. I. Para un nuevo sentido común: La ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003.
- STIGLITZ, Joseph E. y CHARLTON, Andrew, *Fair Trade for all. How Trade can Promote Development*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2005.
- TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Mauro Armíño, Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1994.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1984.
- ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Reus, 2007.
- UPRIMNY, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Derecho penal y protesta social”, en BERTONI, Eduardo (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2010.
- VARÓN MEJÍA, Antonio, “De la Comisión al Consejo de Derechos Humanos: fortalecimiento de los mecanismos de protección de derechos humanos o profundización de la politización”, en

Revista de Estudios Socio-Jurídicos, vol. 10, núm. 1, ene-jun, 2008, Bogotá.

VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

—, “Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada”, en *Seminario de Filosofía del Derecho*, sesión 7, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 22 de mayo de 2000.

VIANA GARCÉS, Andrée, “Sistema europeo y americano de protección de derechos humanos. Coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y VIANA GARCÉS, Andrée (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

VIEGAS-SILVA, Marisa, “El nuevo Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: algunas consideraciones sobre su creación y su primer año de funcionamiento”, en *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 12, 2008, Bogotá, edición especial.

VILLÁN DURÁN, Carlos, “Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12, 2006.

WESCHLER, Joanna, “Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas: avances y retrocesos en la creación de su diseño institucional”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, 2008, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago de Chile.

Westerveen, G., “Towards a system for supervising States’ compliance with the right to food”, en Alston, Philip y Tomaševski, Katrina (eds.), *The right to food*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

ZAFFARONI, E. Raúl, “Derecho penal y protesta social”, en Bertoni, Eduardo (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2010.

JURISPRUDENCIA

- CORTE IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98.
- . *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 42.
- . *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.
- . *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198.
- . *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.
- . *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C, núm. 15.
- . *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Excepciones preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 61.
- . *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70.
- . *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C, núm. 17.
- . *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C, núm. 123.
- . *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Reparaciones y Costas (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C, núm. 88.
- . *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52.
- . *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.
- . *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125.

- . *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C, núm. 37.
- . *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79.
- . *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134.
- . *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63.
- . *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, núm. 110.
- . *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002.
- . *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172.
- . *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71.
- . *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39.
- . *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, núm. 94.
- . *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 54.
- . *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, núm. 99.
- . *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y Costas (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 42.
- . *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, núm. 35.
- . *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C, núm. 92.

- . *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009.
 - . *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4.
 - . *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149.
 - . *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127.
 - . *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007.
 - . *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C. núm. 305.
- TEDH, *Caso Chorherr vs. Austria*, 25 de agosto de 1993.
- , *Caso Galstyan vs. Armenia*, 15 de noviembre de 2007.
 - , *Caso MacCann y otros vs. Reino Unido*, 27 de septiembre de 1995.
 - , *Caso Nisbet Özdemir vs. Turquía*, 19 de enero de 2010.
 - , *Caso Sergey Kuznetsov vs. Rusia*, 23 de octubre de 2008
 - , *Caso Women on Waves a.o. vs. Portugal*, 3 de febrero de 2009.
 - , *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden vs. Bulgaria*, 2 de octubre de 2001.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

- IV CUMBRE DE LAS AMÉRICAS, Declaración de Mar de Plata, “Crear trabajo para enfrentar la pobreza y la gobernabilidad democrática”, Mar de Plata, Argentina, 5 de noviembre de 2005.
- AA.VV., Violación de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos incurridos en la negociación, firma y ratificación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, Audiencia General “Tratado de Libre Comercio y Derechos Humanos en Centroamérica”, celebrada durante

el 125° periodo extraordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ciudad de Guatemala, 19 de julio de 2006, disponible en <http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=5343>

Acta final de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la OEA, Washington, D.C., resolución VIII, Derechos Humanos, punto II, 1960.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe de política exterior y derechos humanos del Gobierno español 2004-2005. ¿Una política de gestos?, Madrid, España, Amnistía Internacional, 2005.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES, Metalclad Corporation demandante y Estados Unidos Mexicanos, caso núm. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000, consulta 12 mar 2009, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_Sp&caseId=C155>

CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, *La protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano. Guía para defensores y defensoras de derechos humanos*, Buenos Aires, CEJIL-Fundación Sueca para Derechos Humanos, 2007.

CESCR, “Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Commission on Human Rights on a draft optional protocol for the consideration of communications to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights” (Annex), en Commission on Human Rights, *Status of the International Covenants on Human Rights*, E/CN.4/1997/105, 18 de diciembre de 1996.

—, “Report of the independent expert on the question of a draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en Commission on Human Rights, *Economic, Social and Cultural Rights. Status of the international covenants on human rights*, U.N. Doc. E/CN.4/2002/57, 12 de febrero de 2002.

—, “Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Ginebra, 4-8 de febre-

- ro y 31 de marzo-4 de abril 2008)”, en Human Rights Council, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, A/HRC/8/7, 6 de mayo de 2008.
- , *Statement of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Third Ministerial Conference of the World Trade Organization*, Seattle, 26/11/99, Doc. UN E/C.12/1999/9, 30 nov-3 dic, 1999.
- , *Statement on Globalization and Economic and Cultural Rights: 11/05/98 (Other Treaty-Related Documents)*, 18 session, 27 abr-15 may, 1998.
- , “Toward an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, Analytical paper adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights at its seventh session, 11 de diciembre de 1992, World Conference on Human Rights, *Status of preparation of publications, studies and documents for the World Conference*, Addendum. Contribution submitted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, A/CONF.157/PC/62/Add.5, 26 de marzo de 1993.
- CIDH, Admisibilidad y fondo. Asociación Nacional de exservidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Perú, informe 38/09, caso 12. 670, 27 de marzo de 2009.
- , CIDH manifiesta preocupación por decreto de amnistía en Honduras, comunicado 14/10, Washington, 3 de febrero de 2010.
- , Comunidades indígenas mayas en el distrito de Toledo vs. Belice, informe 40/04, Fondo, caso 12.053, 12 de octubre de 2004.
- , Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos, 31 diciembre 2015.
- , Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 1 de junio de 1993.
- , Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.I/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre 2009.
- , Honduras: derechos humanos y golpe de Estado, 30 de diciembre de 2009.

- , Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, 28 de febrero de 2006, Anexos. Discursos de la CIDH.
- , Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, 17 de febrero de 1995.
- , Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993, 11 de febrero de 1994.
- , Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999, 13 de abril de 2000, informe 136/99, Ignacio Ellacuría, S.J. y otros, caso 10.488 (El Salvador).
- , Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983-1984, 28 septiembre 1984.
- , Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980, 2 de octubre 1980.
- , Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993, 11 de febrero de 1994.
- , Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, vol. II: “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”.
- , Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008, vol. II, “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”.
- , Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas, 7 de marzo de 2006.
- , Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos de las Américas, OEA/Ser.L/V/II.124, 7 de marzo de 2006.
- , Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser. L/V/II.96. doc. 10, rev. 1, abril de 1997.
- , Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 24 de abril 1997.
- , Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 28 de septiembre de 1987.
- , Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, 31 diciembre 2009.
- , La situación de los derechos humanos de los indígenas de las Américas, 20 de octubre de 2000.
- , Libertad de expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión, San José, Costa Rica, IIDH, 2003.

- , Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010, 3 de junio de 2010.
- , Relatoría especial para la Libertad de Expresión, Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, 30 de diciembre de 2009.
- , Relatoría especial para la Libertad de Expresión, Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión, 2010.
- , Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, 2 de junio de 2000.
- , Séptimo informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, OEA/Ser. L/V/II.61. doc. 29, rev. 1, octubre de 1983.
- , Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia 1999, 26 de febrero de 1999.
- , Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 9 de marzo de 2001.
- COMISIÓN DE LA VERDAD Y LA RECONCILIACIÓN, Para que los hechos no se repitan: Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, Honduras, CVR, 2011.
- COMISIÓN MULTINACIONAL DE LA ALIANZA POR LA PAZ Y LA JUSTICIA, Segundo informe de visita a Honduras, mayo de 2013.
- , *Tercer informe*, octubre de 2013.
- COMISIONADO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Los hechos hablan por sí mismos. Informe preliminar sobre los desaparecidos en Honduras 1980-1993*, 2ª ed., Tegucigalpa, Editorial Guaymurás, mayo de 2002.
- COMITÉ DESC, El derecho a la educación (art. 13 del Pacto), observación general 13, 1999.
- , El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del PIDESC), observación general 14, 2000.
- , El derecho a la educación (art. 13 del Pacto), observación general 13, 1999.
- , Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto, declaración E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007.
- La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3 del

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), observación general 16, 2005.

- , La índole de las obligaciones de los Estados parte, observación general 3, 1990.
- , Medidas internacionales de asistencia técnica (art. 22 del Pacto), observación general 2, 1990.
- , Presentación de informes por los Estados partes, observación general 1, 1989.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas, 55ª sesión, resolución 19/35, 23 de marzo de 2012.

CORTE IDH, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982.

- , Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-13/93, 16 de julio de 1993.
- , Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003.
- , Condición jurídica y derechos humanos del niño, opinión consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002.
- , El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/1987, 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8.
- , Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990.
- , Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-7/86, 29 de agosto de 1986.
- , Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987.

- , Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-10/1989, 14 de julio de 1989.
- , La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/1985, 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5.
- , La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986.
- , Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984.
- , Tarcisio Medina Charry (Colombia), informe 3/98, caso 11.221, 7 de abril de 1998.

HUMAN RIGHTS WATCH, Informe mundial 2012, Eventos de 2011, Nueva York, Human Rights Watch, 2012.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, The Protection of Human Rights and the Principle of Non-intervention in Internal Affairs of Status, (Eighth Commission, Rapporteur: Mr. Giuseppe Sperduti), sesión de Santiago de Compostela, resolución de 13 de septiembre de 1989.

OACNUDH, “Documento de antecedentes preparado por la secretaria. Selección de precedentes en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, E/CN.4/2005/2G.23/CRP.1, 15 de noviembre de 2004.

- , Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las violaciones de los derechos humanos en Honduras desde el golpe de Estado de 28 de junio de 2009, Consejo de Derechos Humanos, 3 de marzo de 2010.
- , Working with the United Nations Human Rights Programme. A handbook for civil society, Nueva York y Ginebra, United Nations Human Rights-Office of the High Commissioner for Human Rights, 2008.

OLOKA-ONYANGO, J. y UDAGAM, Deepika, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights*, Preliminary report sub-

mitted by J. Oloka-Onyango and Deepika Udagama, in accordance with Sub-Commission resolución 1999/8 Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/13, 15 jun 2000.

- ONU, Asamblea General, Informe de la Tercera Comisión, relator: Khalid Alwafi (Arabia Saudita), 63° periodo de sesiones, tema 58 del programa, A/63/435, 28 de noviembre de 2008.
- , Asamblea General, Informe del Consejo de Derechos Humanos, documentos oficiales, 63° periodo de sesiones, suplemento 53 (A/63/53), Nueva York, 2008.
- , Comisión de Derechos Humanos, Los derechos económicos, sociales y culturales, Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su primer periodo de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/2004/44, 15 de marzo de 2004.
- , Comisión de Derechos Humanos, Los derechos económicos, sociales y culturales, Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su segundo periodo de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/2005/52, 10 de febrero de 2005.
- , Comisión de Derechos Humanos, Los derechos económicos, sociales y culturales, Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer periodo de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/2006/47, 14 de marzo de 2006.
- , Consejo de Derechos Humanos, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre su cuarto periodo de sesiones (Ginebra, 16 a 27 de julio de 2007), A/HRC/6/8, 30 de agosto de 2007.
- , Elementos para la elaboración de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

- y Culturales. Documento analítico preparado por la presidenta-relatora, Sra. Catarina de Albuquerque, U.N. Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2.
- , Informe preparado por el secretario general en cumplimiento de la resolución 2003/18 de la Comisión, E/CN.4/2004/WG.23/2, 17 de noviembre de 2003.
- , Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe la democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos, 2ª ed., Buenos Aires, Aguilar-Altea-Taurus-Alfaguara, diciembre de 2004.
- , Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe sobre Desarrollo Humano 2002. Profundizar la democracia en un mundo fragmentado, Nueva York, Ediciones Mundi-Prensa, 2002.
- , Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Preparado por la presidenta-relatora, Catarina de Albuquerque, A/HRC/6/WG.4/2, 23 de abril de 2007.
- , Proyecto revisado de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, U.N. Doc. A/HRC/8WG.4/3, 28 de febrero de 2008.
- RED INTERNACIONAL PARA LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 10 de diciembre de 2008, disponible en http://www.escr-net.org/news/news_show.htm?doc_id=692563&attribLang_id=13441 197
- TÜRK, Danilo, *The realization of economic, social and cultural rights*, Final Report submitted by Mr. Danilo Türk, Special Rapporteur, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Forty-fourth session, E/CN.4/Sub.2/1992/16, 3 jul 1992.
- WASHINGTON OFFICE OF LATIN AMERICA, *DR-CAFTA and Workers' Rights: Moving from Paper to Practice*, WOLA, Washington, D. C., may, 2009.

Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos
de Joaquín A. Mejía Rivera
se terminó de imprimir en noviembre de 2018,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez
su tiraje consta de
1 000 ejemplares.



Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

OTRAS PUBLICACIONES

Estudios de derecho internacional de los derechos humanos

FELIPE GONZÁLEZ MORALES

Los derechos de los pueblos indígenas Una visión desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

KARLA QUINTANA

ROGELIO FLORES (COORDS.)

Individuo y política en El príncipe de Maquiavelo.

Naturaleza, formas y sujetos del poder

ANTONIO HERMOSA ANDÚJAR

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO

Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano

Modelos para (des)armar

ARIEL DULITZKY

Ius Constitutionale Commune en América Latina

Textos básicos para su comprensión

ARMIN VON BOGDANDY

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (COORDS.)

(En coedición con el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional)

Constitución y derechos fundamentales

PAOLO COMANDUCCI

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

El presente libro pretende aportar al debate sobre los derechos humanos para promover un mayor entendimiento sobre sus alcances y su impacto en la vida cotidiana de las personas, y en el fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho. Se abordan 10 cuestiones actuales relacionadas con el Estado de derecho: los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, particularmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; las obligaciones estatales frente a todos los derechos humanos, haciendo énfasis en las relativas a los derechos económicos, sociales y culturales, y al papel que juegan estos en la consolidación de las democracias latinoamericanas; la elaboración del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que garantiza niveles de exigibilidad de estos derechos; el impacto de los tratados de libre comercio sobre los derechos humanos; la fundamentalidad de los derechos humanos frente a los derechos patrimoniales; la protesta social como ejercicio colectivo de la democracia cuando los canales institucionales no son idóneos para encausar las demandas ciudadanas, y finalmente, el papel del poder judicial en contextos de graves violaciones a derechos humanos, tomando como ejemplo el golpe de Estado ocurrido en Honduras en 2009 y cuyas consecuencias aún siguen profundizando la corrupción e impunidad.

Sin duda, este libro constituye una lectura indispensable para quienes desean profundizar en el estudio y conocimiento de los derechos humanos, así como comprender los desafíos actuales a los que se enfrentan.

ISBN 978-607-7822-42-4



9 786077 822424



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO