

# REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS  
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME  
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS  
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



# 40

**Edición especial sobre  
Derechos económicos, sociales y culturales**  
Julio-Diciembre 2004

 **Asdi**  
AGENCIA SUECA  
DE COOPERACION  
INTERNACIONAL PARA  
EL DESARROLLO

**NORWEGIAN MINISTRY  
OF FOREIGN AFFAIRS**





REVISTA  
**IIDH**

Instituto Interamericano de Derechos Humanos  
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme  
Instituto Interamericano de Direitos Humanos  
Inter-American Institute of Human Rights

© 2005, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista  
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos  
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)  
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-  
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Dirigir todas las órdenes de suscripción a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones pueden escribir a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

## Índice

<b>Presentación</b> .....	7
<i>Roberto Cuéllar M.</i>	
 <b>A modo de prólogo</b>	
Derechos humanos y desarrollo económico y social.....	13
<i>Enrique V. Iglesias</i>	
 <b>Doctrina</b>	
Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano.....	25
<i>Mónica Pinto</i>	
Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.....	87
<i>Manuel E. Ventura Robles</i>	
El Estado de Derecho y los derechos económicos, sociales y culturales de la persona humana.....	133
<i>Mariella Saettone</i>	
Las nuevas dimensiones de la igualdad.....	155
<i>Ernesto Ottone</i>	

## **Temas en derechos económicos, sociales y culturales**

### *Trabajo*

Derecho al trabajo y derechos de los trabajadores desde la perspectiva de los convenios internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales.....179  
*Rodolfo E. Piza Rocafort*

Empresas recuperadas: Recuperación del derecho al trabajo.....237  
*Blanca Tirachini*

### *Salud*

El derecho a la salud.....265  
*Javier Vásquez*

Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria.....291  
*Lucía Montiel*

Investigación biomédica: La responsabilidad moral de los agentes no estatales en el cumplimiento del derecho a la salud.....315  
*Julieta Arosteguy*

### *Educación*

Indicadores del derecho a la educación.....341  
*Katarina Tomasevski*

### *Transversalidades*

El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal.....389  
*Antônio Augusto Cançado Trindade*

Los retos de la sociedad civil en la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales.....449  
*Flavia Piovesan*

La discapacidad y el desarrollo de los pueblos.....475  
*Esteban Arias Monge*

## Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 40 de su Revista IIDH, correspondiente al segundo semestre de 2004. Se trata de una edición monográfica dedicada al tema *Derechos económicos, sociales y culturales*, eje temático del XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, llevado a cabo en San José, Costa Rica, del 16 al 27 de agosto de 2004, en concordancia con las prioridades temáticas de la estrategia institucional. Este número recoge las ponencias de algunos de los docentes, así como trabajos de investigación de varias personas participantes en este curso anual -preparados para optar por el Certificado Académico correspondiente al XXII Curso-, como lo hemos hecho en números monográficos anteriores (No. 32-33, Acceso a la justicia; No. 34-35, Participación política; No. 36, Educación en derechos humanos; No. 38, Justicia y seguridad).

El IIDH entiende los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) como una categoría fundamental de los derechos humanos, en clara interdependencia con los derechos protegidos individual y colectivamente en las constituciones nacionales, los instrumentos internacionales y en particular en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En cuanto a su contenido, subraya el valor del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”, 1988) en el plano regional, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) en el universal y de la jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos. El Instituto Interamericano ha hecho un esfuerzo consistente y sostenido en este campo durante los últimos doce años, que se sintetizan en los puntos que siguen:



1. En 1993, el IIDH inició un proceso de discusión y análisis de la temática con ONG y organismos financieros, a partir del cual, en agosto de 1994 y agosto de 1996, organizó junto con la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) dos seminarios sobre la propuesta de transformación productiva con equidad y los DESC, cuyos resultados dieron origen al libro *La Igualdad de los Modernos: reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina*. La reflexión contenida en ese libro conserva una sorprendente actualidad, contituyéndose un excelente punto de partida para las discusiones del XXII Curso Interdisciplinario. Se acuñan en este estudio una serie de conceptos novedosos, tendientes a relacionar el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, con lo que aquí se denomina el “umbral de la ciudadanía”. De acuerdo con esta visión, la finalidad de los DESC no es tanto garantizar un umbral de sobrevivencia, sino más bien asegurar las condiciones que permitan la participación de las personas en la red de intercambios sociales, políticos, económicos y simbólicos, que definen la vida social. En otras palabras: una cosa es la sobrevivencia y otra la ciudadanía, y si bien los DESC pretenden garantizar la primera, apuntan también a asegurar la segunda. Y es que sin duda ser ciudadano es algo más que ser sujeto nominal de derechos ante el Estado, es también ser capaz de reclamarlos y ejercerlos. Y esto requiere, además de salud, vivienda y alimentación, educación, acceso a los medios de información y comunicación y sentido de pertenencia a una comunidad cultural, simbólica y política, sin importar el sistema económico prevaleciente.
2. El I y el II Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos (octubre 1998 y noviembre 2002) orientaron sus trabajos sobre esta misma temática; algunas conferencias y foros fueron publicados como libros en 2000 y 2002. También en los volúmenes I a VI de la Colección Estudios Básicos, se han publicado trabajos sobre el tema, encargados a varios expertos que han sido docentes de nuestros cursos y seminarios, entre los que cabe mencionar a Ligia Bolívar, Antônio Augusto Cançado Trindade, Roberto Garretón, María Elena Martínez Salgueiro, Emilio Fermín Mignone (†), Ernesto Ottone y Jaime Ordóñez.
3. Entre 1997 y 1999 el IIDH encargó investigaciones sobre experiencias de reclamación judicial de DESC en Argentina,

Nicaragua, República Dominicana y Venezuela, que fueron recogidas en el libro *Los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable* (publicado en 1999).

4. El programa Mapas de Progreso en Derechos Humanos desarrolló - a partir del 2000 -, un esfuerzo de investigación piloto sobre tres campos de derechos: Acceso a la Justicia, Participación Política y Educación en Derechos Humanos. A partir del interés y entusiasmo generado en el XX Curso Interdisciplinario con esta metodología, surgieron un buen número de nuevas ideas por emprender, entre otras, la de elaborar un informe de alcance interamericano sobre el progreso del derecho a la educación en derechos humanos (EDH), consagrado en el artículo 13.2 del Protocolo de San Salvador, como uno de los derechos comprendidos en el marco del derecho a la educación en general. Desde entonces se han preparado y publicado ya tres informes sobre esta temática y está en curso la preparación del cuarto\*.

Cabe mencionar respecto a esto último que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (AG/OEA), llevada a cabo en Fort Lauderdale, Florida, del 5 al 7 de junio, aprobó dos resoluciones relativas a estas investigaciones, en las que reconoce la labor del IIDH. Las resoluciones en mención son la 2066 y la 2074. En su AG/RES. 2066, titulada *Difusión de los contenidos del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos en los centros de formación académica de los países del hemisferio*, la AG/OEA resolvió tomar en cuenta el *II informe interamericano de la educación en derechos humanos* del IIDH, sugiriendo a los Estados la implementación de sus recomendaciones en cuanto les sea posible. De esta manera le otorga al IIDH un papel central en materia de educación en derechos humanos en las Américas, a partir de las investigaciones que realiza en este campo.

La metodología que el IIDH ha desarrollado para llevar a cabo estas investigaciones es también reconocida. En la AG/RES. 2074, *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador*, la AG/OEA resolvió solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que proponga al Consejo Permanente para su eventual aprobación, los indicadores de progreso a ser empleados para cada agrupamiento de derechos protegidos sobre los que deba presentarse informe, teniendo en

---

\* Estos informes están disponibles en el sitio web del IIDH:  
[http://www.iidh.ed.cr/informes\\_i\\_cont.htm](http://www.iidh.ed.cr/informes_i_cont.htm).

cuenta, entre otros, los aportes del IIDH en este campo. En lo principal, esta resolución establece que los Estados Partes convienen en preparar y presentar periódicamente informes sobre el progreso que hubieren alcanzado en la protección jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, así como en la adopción de medidas para garantizar su cabal cumplimiento.

Hemos dividido este número de la Revista IIDH en dos partes: doctrina y temas en DESC -trabajo, salud, educación y tres perspectivas transversales desde las que podemos aproximarnos a la problemática. A modo de prólogo, incluimos la conferencia pública que ofreciera en el marco del XXII Curso Enrique Iglesias, entonces Presidente del Banco Interamericano de Desarrollo, *Derechos humanos y desarrollo económico y social*.

En la primera parte –doctrina– hemos incluido cuatro artículos, de Mónica Pinto (Argentina), jurista integrante de la Asamblea General del IIDH; Manuel E. Ventura (Costa Rica), Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Ernesto Ottone (Chile), sociólogo asesor principal del Presidente Ricardo Lagos en calidad de Director de Análisis Estratégico de la Presidencia de la República de Chile, y Mariella Saettone (Uruguay), profesora adjunta de Derecho Administrativo y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, los tres primeros ponentes en el Curso, la tercera participante. Tratan en sus artículos diversos aspectos relativos a la protección internacional de los DESC.

En el tema de salud contamos en este número con la contribución de Rodolfo E. Piza Rocafort, jurista costarricense que desarrolló, como ponente del curso, el tema del derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores, desde la perspectiva de los convenios internacionales sobre DESC. Blanca Tirachini (Argentina), ex Defensora de la Provincia de Neuquén y participante en el curso, presenta en su artículo el problema de las leyes de flexibilización laboral en Argentina, que han contribuido a la erosión del derecho al trabajo en ese país, a partir del cual presenta el fenómeno de grupos de operarios que re-abren y ponen en funcionamiento empresas, analizando las pautas laborales que se auto-imponen estos grupos a modo de ver cómo esto ha permitido la recuperación del derecho al trabajo. En el tema de salud presentamos tres contribuciones. De Javier Vásquez (España), representante de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud

(OPS/OMS), reproducimos la ponencia que ofreciera en el curso, titulada *El derecho a la salud*. Los trabajos de dos participantes del curso completan esta sección: de Lucía Montiel (México) publicamos su aporte sobre el derecho a la salud en México, análisis hecho desde el debate teórico de la justicia sanitaria; de Julieta Arosteguy (Argentina) su artículo sobre la responsabilidad moral de los agentes no estatales en el cumplimiento del derecho a la salud.

Sobre educación presentamos la ponencia de Katarina Tomasevsky (Croacia), ex Relatora de las Naciones Unidas para el Derecho a la Educación, quien propone un esquema para el desarrollo de indicadores del derecho a la educación. Le siguen tres artículos sobre perspectivas transversales: el problema del desarraigo; los retos que enfrenta la sociedad civil en la defensa de los DESC, y la discapacidad en el marco del desarrollo social. El primero es un aporte de Antônio A. Cançado Trindade (Brasil), Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el segundo lo desarrolla Flávia Piovesan (Brasil), jurista, Procuradora del Estado de São Paulo desde 1991, ambos ponentes en el marco del curso. Esteban Arias (Costa Rica) es el autor del artículo sobre discapacidad, el cual preparó a solicitud del IIDH en su calidad de colaborador, como abogado especialista en derechos humanos.

Los invitamos a conocer los alcances de este tema, central para la vida política y social de todas las personas que habitamos este hemisferio, mediante los aportes e interesantes perspectivas de los autores y autoras. Dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH, aprovechando la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, con cuyos aportes y contribuciones es posible la labor del IIDH.

*Roberto Cuéllar M.*  
*Director Ejecutivo*



## **Derechos humanos y desarrollo económico y social\***

*Enrique V. Iglesias\*\**

Mi reciente visita al Instituto Interamericano de Derechos Humanos me dio la oportunidad de repasar ampliamente lo que esta institución ha hecho a través de los años. Visité también la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aprendí más de la labor de este organismo del sistema interamericano. Realmente no podemos menos que sentirnos muy orgullosos de los avances hechos por América Latina y el Caribe en este ámbito. Es admirable lo que se ha venido haciendo, lo que se está haciendo y la profundidad con que el Instituto ha ido abordando los distintos temas que tienen que ver con el desarrollo de los derechos humanos en nuestra región. Esto es para mí motivo de una gran satisfacción, como lo es también el estar aquí en Costa Rica. Pocos países podrían tener derecho más legítimo de albergar a la Corte y al Instituto, como el que tiene Costa Rica, un verdadero referente de los derechos humanos en nuestra América.

No soy especialista en este tema, por lo tanto no esperen de mí una conferencia académica sobre el mismo. Como practicante de la economía, me referiré más bien a mi preocupación ya de largos años por la relación entre la trayectoria de los derechos humanos en el mundo, particularmente en nuestra América Latina, y la evolución del desarrollo económico y social.

Debemos reconocer que el tema de los derechos humanos ha adquirido gran relevancia y fuerza en los últimos cincuenta años, gracias en gran medida a la presencia de las Naciones Unidas. El tema era prácticamente ignorado antes de que se aprobara la famosa

---

\* Conferencia pública del XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del IIDH, dictada el 20 de agosto del 2004 en San José, Costa Rica.

\*\* Presidente del Banco Interamericano de Desarrollo y del Directorio de la Corporación Interamericana de Inversiones.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948. Los latinoamericanos, que a menudo padecemos de pesimismo, debemos reconocer que en este campo se han hecho muchísimos avances, y que hay espacio para un optimismo creativo sobre lo que se podría hacer en los próximos años. En ese sentido, América Latina debe sentirse realmente muy satisfecha no solamente por lo que se ha hecho dentro de sus fronteras, sino por su influencia a nivel mundial. Cabe recordar que en 1948, los países latinoamericanos constituían una gran mayoría en las reuniones sobre estos temas, y hubo latinoamericanos ilustres que contribuyeron significativamente al esclarecimiento sobre los mismos. Hay uno que voy a mencionar particularmente, un querido amigo que hoy ya no está con nosotros, Hernán Santacruz. Hernán tuvo una influencia muy grande en la definición de este tema, particularmente en la incorporación del dominio económico y social en la definición de los derechos humanos. De manera que estamos frente a un tema importante, que inicia con los derechos civiles y políticos y pasa por los derechos económicos, sociales y culturales. Una vez más he revisado esa hermosa declaración de las Naciones Unidas de 1986, y que dice: “el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable, en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, y a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él”. Es difícil encapsular en una sola oración tantos conceptos como los que ella contiene.

Los no especialistas hemos aprendido a ver el tema no solamente a partir de la normativa, o de los principios de derecho natural que lo inspiran, sino también de la forma como ciertas cosas vinieron aceptándose e incorporándose gradualmente en el accionar de la sociedad civil. Ésta, junto a los gobiernos, ha sido uno de los grandes actores en este campo. La sociedad civil ha propiciado, por ejemplo, la discusión sobre el tema de la pobreza. Hoy en día todo el mundo entiende que el ser humano tiene derecho a ser liberado de la pobreza. Ya no lo miramos como un acto de caridad, sino como un verdadero derecho incorporado en las normas por las cuales tenemos que regirnos. Por tanto, estamos en presencia de un proceso en marcha, que incorpora estos elementos para construir las bases que satisfarán las aspiraciones de una sociedad mejor.

Todo ese proceso, del cual somos espectadores y admiradores, no se reflejó en las discusiones o preocupaciones que tuvimos hace treinta o cuarenta años, cuando nos dedicamos al tema del desarrollo económico y social. De otro modo podríamos haber ya encontrado una relación más estrecha entre ambos aspectos.

Hablábamos de ello con Rodolfo Stavenhagen y coincidimos plenamente: todos nos beneficiamos de esta normalización de los derechos dentro del cuerpo jurídico, de los acuerdos y de los tratados internacionales y nacionales. Nos da la impresión que estamos en una especie de matrimonio un tanto suelto, que debiera amalgamarse más para lograr tener un sentido real. Entonces me preguntaba, cómo fuimos nosotros, a lo largo de los años, presionando el tema del desarrollo –*ecuacionando* como dicen los brasileños–, cómo fuimos armando el concepto y de dónde sale lo que podría ser un nuevo desafío para los que trabajan en este campo, para normalizar juntos lo que sería un mundo mejor signado por estos derechos.

En los años cincuenta, cuando se empezó a trabajar en este campo, yo iniciaba mis estudios en la Universidad, y en aquella época el desarrollo era para nosotros el crecimiento. El crecimiento económico, a través de una mayor inversión, ofrecería una mayor oferta de bienes y servicios a la comunidad. Estábamos muy influidos por el tema tecnológico. Prebisch lo señaló así en el famoso Informe de la CEPAL de 1949. El desarrollo tecnológico era considerado el gran motor del crecimiento. Teníamos la imagen del desarrollo de los países centrales, pero desarrollo y crecimiento económico eran conceptos casi sinónimos.

En los años sesenta pensamos que el crecimiento era muy importante, pero no suficiente, porque llevaba a grandes desigualdades, a postergaciones, a exclusiones y a una situación en la cual vastos sectores de la sociedad no recibían los beneficios del crecimiento económico. Y ahí empezó la temática social. La CEPAL empezó en los años sesenta a ocuparse del tema social, con don José Medina Echavarría, quien fue uno de los grandes sociólogos de aquel tiempo. La UNESCO empezó también a darle especial atención al desarrollo social, convirtiéndose entonces en una temática de discusión muy intensa. Empezamos a visualizar el concepto de desarrollo que incluía al crecimiento como un elemento importante, pero que requería políticas explícitas para asegurar que los beneficios del crecimiento permearan todos los sectores de la



sociedad. Así se enfrentaban los grandes desafíos de los desequilibrios sociales, que lamentablemente se vinieron acentuando con el tiempo y que hoy son cuantitativamente mayores que los de aquel momento. Esta fue la segunda gran dimensión en la que entramos.

En los años setenta comenzó una tercera dimensión, la ambiental, que yo conocí personalmente a partir del informe del Club de Roma sobre el agotamiento de los recursos naturales, y desde entonces empezamos a preguntarnos qué pasaba con el planeta. La Conferencia de Estocolmo en 1972 enfrentó un nuevo desafío, que era unir los conceptos de desarrollo y de preservación ambiental: el desarrollo sostenible, que luego fue profundizado en Río de Janeiro, en Johannesburgo, etc. Pero esa tercera dimensión nos dio un nuevo elemento que fue complementando aquel concepto que a través del tiempo veníamos elaborando y que trascendía lo económico y lo social, para incorporar también esa dimensión de largo plazo de la sustentabilidad ambiental.

En los años setenta y ochenta se comenzó a introducir un elemento que en el Banco hemos privilegiado mucho en los últimos años, la dimensión política, que en el fondo significa llevar el tema del desarrollo a los orígenes mismos de la ciencia económica. Adam Smith tenía un concepto muy claro, así como lo tenía Alexis de Tocqueville, respecto a cómo debía funcionar una sociedad para que la economía y el mercado alrededor del cual se construía esa economía pudieran ser realmente eficientes. Y ahí entró un compromiso ético –Adam Smith antes de enseñar economía enseñaba ética–, y de alguna manera esa variable política: la buena gobernabilidad, la buena administración, la decencia, estaban en el origen mismo de la economía. En ese sentido, empezamos a volver a las fuentes de la economía. Descubrimos también que buena parte del desarrollo está vinculado precisamente a los problemas políticos, a la gobernabilidad y a un tema que en América Latina predominó en los años setenta: que había que tener autocracia para tener desarrollo, y que era bueno sacrificar la democracia si con eso mejoraba la economía. Las lecciones fueron muy duras y tristes, porque no tuvimos ni una ni otra cosa. Pero la dimensión política comenzó realmente a ser un factor importante en los debates, y hoy todo el mundo habla de la gobernabilidad, de la transparencia, del buen gobierno, y la dimensión política es ya por definición un elemento

fundamental en nuestra discusión sobre el tema de los derechos humanos. Creo que con eso hemos dejado atrás la tentación de sacrificar la democracia para poder tener desarrollo económico.

Por último, en años recientes apareció la dimensión cultural. En el Banco estamos trabajando en el tema cultural, no solamente por su importancia como apoyo de los valores, de las tradiciones, de las creencias, de las convicciones que forman parte de las determinantes del quehacer y de la actuación humana, sino porque estamos descubriendo además que el capital social y el tema cultural son un punto de apoyo muy importante para acelerar el crecimiento económico. “Cultura es como se vive”, según la UNESCO, y es a partir de esa interpretación que se empezó a incorporar en el tema del capital social. Su incidencia en el ámbito económico siempre existió, y fue una variable clave en el plano de las relaciones internacionales.

En América Latina, cuando empezamos la discusión del desarrollo, incorporamos siempre la variable internacional, quizás porque era la variante más neutra. A veces pienso que en los años cincuenta, con tanto autoritarismo en América Latina, la única forma de discutir el subdesarrollo era enfatizar el tema internacional. Alguna vez hablando con Prebisch él me confirmó esta impresión, de que lo internacional siempre estuvo presente. Quisimos ver siempre cómo funcionaba el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el GATT, luego la Organización Mundial de Comercio. En los últimos años irrumpió el tema de la globalización, que siempre estuvo con nosotros, pero que en los últimos tiempos adquirió una dimensión singular, constituyéndose en uno de los factores más desafiantes que tenemos sobre la mesa. Ése fue el marco en el cual vinimos construyendo el concepto de desarrollo económico y social.

En el ámbito del desarrollo de los derechos humanos se han venido incorporando nuevos elementos: el derecho a la salud, el derecho a la nutrición, el derecho a la protección del niño, los derechos de la mujer. Así, en paralelo, ha habido toda una construcción conceptual muy importante que nos ha dado ciertos puntos de apoyo y pilares sobre los cuales podríamos enriquecer el contenido temático del concepto del desarrollo económico y social. ¿Cuáles son los factores sobre los cuales podríamos construir ahora una visión integrada y tratar que la discusión del tema de derechos humanos sea simétrica a la de los problemas generales del desarrollo económico y social? Yo plantearía dos hipótesis: la primera, es

examinar las interacciones entre los distintos elementos del concepto de desarrollo. La segunda, definir las bases éticas para enfrentar el problema.

Con relación al primer tema, el de las interrelaciones, hemos aprendido mucho a través de los años. Por ejemplo, hemos aprendido que el desarrollo social se hace posible gracias al crecimiento, pero también que el desarrollo social apuntala al crecimiento. Sobre esto los economistas no tienen duda. Las economías con mejor distribución del ingreso tienen mayor dinámica social, con la formación de élites, de cuadros técnicos y de educación más avanzada. Ellas están en condiciones de ampliar el mercado y además dinamizarlo, lo cual denota que el crecimiento y el desarrollo social van de la mano y se refuerzan mutuamente. No se pensaba así hace treinta años. Hoy en día resulta claro que en esa relación crecer, distribuir y mejorar socialmente son condiciones concomitantes, que se refuerzan mutuamente.

El tema de la democracia, por ejemplo, no tiene una relación tan clara con el tema del desarrollo. Hay grandes democracias que no crecen. Hay grandes dictaduras que crecen. Pero lo que sí está claro es que la democracia, particularmente como la entendemos en el mundo occidental, se sostiene si realmente es capaz de generar dividendos sociales, y que la relación entre progreso social y democracia hace posible que podamos tener democracias sólidas que también alimenten el crecimiento y los logros sociales, a través de la dinámica de su creatividad, de su potencial de innovación.

El reciente informe de las Naciones Unidas sobre la situación de la democracia es muy importante en ese sentido, porque demuestra que la viabilidad de la democracia depende mucho de su capacidad para entregar dividendos sociales, que hagan posible que la gente crea que el sistema le sirve a su realización humana. Y eso es lo que hace que la democracia dependa tanto del desarrollo económico, pero que el desarrollo económico también dependa de la democracia. Lo mismo podríamos decir con otras interacciones, pero creo que lo que hoy tenemos ya más claro en este debate es que esas interrelaciones son muy importantes para tener una mejor comprensión del fenómeno del desarrollo y abordarlo con políticas adecuadas. La interpretación del avance de los derechos humanos debe estar íntimamente vinculada con el análisis de las fuerzas que le han impulsado, pero también con las interrelaciones que hay entre ellas.

El segundo tema tiene que ver con las relaciones entre derechos humanos y derechos económicos y sociales. En ese sentido quiero referirme a un programa de ética y desarrollo que tenemos en el Banco, que nos da ciertas pautas sobre cómo construir una aproximación inteligente a la relación entre derechos humanos y desarrollo económico y social. Estamos viendo que el mundo de hoy tiene una enorme ansiedad por la ética. Una ética que ayuda a mejorar las conductas y a lograr ciertas cosas. En ese sentido yo apelaría a algo que Octavio Paz señaló con mucha claridad: que los ideales de la revolución francesa de libertad, igualdad y fraternidad habrían de caracterizar el signo de los tiempos desde que fueron enunciados. El siglo XIX fue el tiempo de la libertad, de la lucha por la independencia. El siglo XX fue signado por una búsqueda ansiosa de la igualdad, la justicia social. Y la fraternidad sería el desafío del siglo XXI, referida hoy como “solidaridad”, al decir de Juan Pablo II. Creo que esos tres elementos son muy importantes para encontrar ese matrimonio útil y fértil entre una aproximación desde el lado de los derechos humanos y una aproximación desde el lado del concepto del desarrollo económico y social.

Refirámonos primero a la ética de la libertad. Esto es importante en el mundo de hoy, algo que debemos aceptar como un valor central, casi como un derecho natural: el derecho de la persona a elegir, a ser libre, libre en el sentido dado por Roosevelt, libre del hambre, de la necesidad, del miedo, de la exclusión. Ese es un valor fundamental que debiera orientarnos en la búsqueda de la conciliación de los dos frentes a que acabo de referirme. Y creo que también es importante la libertad del individuo, menoscabada por la instrumentalización de políticas basadas en la ideología, como ha sido objeto a través de los tiempos. Lo hemos sufrido a lo largo del siglo XX con los grandes autoritarismos que sacrificaron a millones de personas; con la instrumentalización de políticas económicas que reducen al hombre a una especie simple de utensilio del desarrollo, como un factor de producción y no como un ser humano con derecho a preservar su dignidad. O bien la propia instrumentalización de la ciencia, capaz de alcanzar tantos logros, pero que muchas veces olvida que detrás de todo está el hombre, una persona que debe ser respetada en toda su dignidad.

En segundo lugar tenemos la ética de la igualdad. La comunidad internacional ha venido a preocuparse en los últimos años de la

agenda para combatir la pobreza. Es un problema grave que afecta a casi la mitad de la humanidad, que vive los rigores de la pobreza. Se trata de un problema de dimensiones inmensas, que bien merece ser enfrentado mediante una agenda efectiva de la igualdad, de la equidad.

El Banco Mundial acaba de publicar un trabajo excelente sobre el tema de la falta de equidad. Es fundamental hablar del tema de la desigualdad, que genera grandes frustraciones: la desigualdad que causa tanta insatisfacción en nuestra sociedad, que obedece en gran medida al hecho de que los beneficios del progreso se distribuyen con iniquidad, en que algunos grupos mejoran mucho más que otros. Eso genera esta situación de insatisfacción, de incomodidad de la sociedad, que se hace sentir tanto dentro de las fronteras como entre países. Creo que la desigualdad es hoy, y será en el futuro, uno de los grandes factores convulsivos del mundo si no se hace algún esfuerzo efectivo destinado a mejorar la equidad. Ciertamente, esto implica dentro de las fronteras, buscar la presencia del Estado. En las últimas reformas ha habido algunas discusiones respecto al Estado. Tiene que haber un Estado, así como tiene que haber un mercado que funcione eficientemente. El mercado es el mejor mecanismo de asignación de recursos –lo ha demostrado la historia y lo demuestra hoy la situación del mercado en el mundo entero–, que se ha utilizado como punto de apoyo para el crecimiento económico. Pero el mercado solo no es suficiente. Precisamos de un Estado que sea regulador, habilitador –porque es a partir de la igualdad de oportunidades que podemos vencer la iniquidad–, un Estado compensador preocupado de los sectores más desprotegidos.

En ese sentido, la agenda de igualdad es muy importante dentro de las fronteras nacionales, como lo es también entre países. Yo decía hace un rato que la globalización nos importa mucho, como un factor de un enorme potencial. No la inventó el siglo XX. Pero la globalización, tal como está teniendo lugar hoy, es un fenómeno realmente muy poderoso e, igualmente, muy peligroso si no buscamos elementos que nos permitan humanizar el proceso. ¿Qué es lo que nos está pasando con respecto a los fenómenos de la modernidad? Ella tiene intrínsecamente muchos factores de desigualdad. Los beneficios de la globalización son aprovechados por los sectores mejor preparados para ello, dentro y entre países. Es muy importante reconocer que este inmenso potencial de la

globalización requiere que haya un proceso de humanización, al decir del Papa Juan Pablo II.

Y, por último, tenemos el tema de la solidaridad, y aquí también están comprometidos los modelos de desarrollo. Necesitamos modelos de desarrollo que tengan internamente factores de solidaridad. Escuché decir a Michel Camdessus algo que me pareció muy interesante: “el mundo necesita ‘la mano invisible del mercado’, pero necesita también ‘la mano visible de la justicia’ y ‘la mano visible de la solidaridad’”, sin las cuales ese mundo que queremos crear puede ser muy abundante en recursos concentrados y, por tanto, muy desigual y muy injusto para las grandes mayorías, y ese mundo no nos sirve porque no se puede tener libertad en el reino de la necesidad, como dice el Evangelio. Esa construcción de un mundo mejor tiene que ser hecha a partir de modelos que sean conscientes de la necesidad de encontrar los grandes balances entre el funcionamiento adecuado de la economía, que requiere disciplina y buena macroeconomía, pero al mismo tiempo tenemos que cuidar que existan los factores de cohesión social. Todo eso lleva, por tanto, a la necesidad de organizar mejor la sociedad internacional.

En estos tiempos difíciles, el mundo enfrenta grandes desafíos. Uno de ellos es, por ejemplo, la fragmentación política en momentos en que tenemos que referirnos a ideas y a problemas planetarios. Tenemos un mundo cada vez más disperso políticamente, o sea el mundo de regiones, de ciudades. Es necesario entonces buscar la manera de encontrar grandes equilibrios, a partir de una situación internacional mejor.

Esta gran conciliación entre la aproximación de los derechos humanos y la del concepto del desarrollo y sus variables está muy bien definida en el libro publicado por el Instituto y que me regalaron hoy. En su primera parte –hablando precisamente de los derechos humanos–, dice: “hoy el escenario de los derechos humanos requiere ser comprendido como una realidad compleja, como un campo de interacción entre la dinámica del Estado, de la sociedad civil y de la comunidad internacional, con reacciones e influencias recíprocas, espacios de encuentro, competencia entre distintos actores”. Y más adelante dice: “el contexto político, social y económico en que se enmarcan actualmente los derechos humanos implica retos que no solamente requieren de formas novedosas para enfrentarlos, sino de una comprensión profunda de factores históricos y de elementos

nuevos en las Américas”<sup>1</sup>. Creo que éste es un buen consejo con el cual terminar mis palabras.

En materia de derechos económicos y sociales necesitamos una comprensión profunda de la dinámica de los hechos, tal como nos muestran las realidades emergentes de las últimas décadas; una comprensión profunda, además, de la complejidad que tiene el mundo en que vivimos, que tiene posibilidades inmensas de salir de los problemas tradicionales de la pobreza, de la exclusión, pero que también corre grandes riesgos de terminar en grandes concentraciones de riqueza. Pienso que ése es el eje central en que la aproximación al tema de los derechos humanos puede contribuir mucho. Debemos construir un mundo mejor, donde podamos lograr los grandes objetivos del desarrollo económico y social, pero al mismo tiempo los grandes objetivos de la solidaridad. Debemos construir un mundo mejor para todos, no para unos pocos.

Muchas Gracias.

---

<sup>1</sup> *El panorama actual de los derechos humanos y la democracia*, IIDH, San José, Costa Rica, julio 2003.

## **Doctrina**





## Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano\*

Mónica Pinto\*\*

La noción de derechos humanos es una noción nueva e internacional, el mejor invento del siglo XX como dijera Carlos Santiago Nino<sup>1</sup>. Ella responde a la decisión política de que el trato que el Estado dé a sus nacionales y, en general, a todas las personas bajo su jurisdicción es una cuestión que interesa a la comunidad internacional de Estados<sup>2</sup>.

Esta noción de derechos humanos se construye sobre una antigua conquista nacional pero no universal, las libertades públicas que el constitucionalismo clásico o liberal de fines del siglo XVIII y del siglo XIX impuso en los países hoy conocidos como occidentales: la Declaración de Derechos de Virginia en los Estados Unidos, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Francia post-revolucionaria. A esa base se adicionan otros elementos tales como la universalidad –para todas las personas, en todo el mundo, todos los derechos– la igualdad y su corolario de no-discriminación y el compromiso internacional del Estado ante la violación no reparada.

No se trata, pues, de una internacionalización de nociones e institutos vigentes en los derechos constitucionales nacionales –lo

---

\* Este artículo se basa en las lecciones impartidas por la autora en el XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos (IIDH, 18 al 29 de julio de 2004, San José de Costa Rica).

\*\* Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Directora de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Argentina. Integrante de la Asamblea General del IIDH.

<sup>1</sup> Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2° Ed. ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1989.

<sup>2</sup> En lo que sigue, inevitablemente, retomo mis propias páginas en *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

que supone una traslación normativa sin más-, sino de una noción cualitativamente distinta que surge de un consenso mundial<sup>3</sup> y que se apoya en las nociones de dignidad y libertad comunes a todas las culturas y civilizaciones<sup>4</sup>.

Los criterios mínimos de los derechos, de su restricción permisible, de su suspensión en situación de excepción son objeto de normas internacionales, consuetudinarias y convencionales que consagran derechos protegidos y, además, disponen de mecanismos de control de las obligaciones de respeto y garantía que en cada caso asumen los Estados.

En el plano de los tratados, se da una descentralización de los órganos de control que conduce a una multiplicidad de cuerpos de expertos<sup>5</sup>, que trabajan aproximadamente con los mismos mecanismos o métodos de control y que, en algún momento, inexorablemente, superponen su evaluación. Se trata de decisiones jurídicas destinadas a una aplicación en el ámbito interno que permitan adecuar la realidad a lo que las normas imponen<sup>6</sup>.

En el seno de las organizaciones internacionales, el control se da a través de mecanismos especiales para considerar la situación de los derechos humanos en distintos países y para estudiar fenómenos que producen violaciones a los derechos humanos en todo el mundo o para estudiar el ejercicio de las libertades fundamentales en el mundo entero.

---

<sup>3</sup> Véase Norberto Bobbio, "Presente y futuro de los derechos humanos" en *Problemas de la Guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1982, Cáp. III.

<sup>4</sup> Véase Abdullah An-Na'im, "Human Rights in the Muslim World", *Harv. Hum. Rts. J.* 13 (1990); Thomas Franck, "Is Personal Freedom a Western Value?", *Am. J. Int'l L.* 1997, 593-627; Diane Otto, "Rethinking the 'Universality' of Human Rights Law", *Columbia Hum. Rts. L. R.* 1 (1997); Raimundo Pannikar, "Is the Notion of Human Rights a Western Concept?", 120 *Diogenes* 75 (1982).

<sup>5</sup> Los denominados "órganos de tratados" son el Comité contra la Tortura (CAT), el Comité de Derechos Humanos (CCPR), el Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESRC), el Comité para los Trabajadores Migrantes (CMW) y el Comité de Derechos del Niño (CRC).

<sup>6</sup> Son decisiones o informes que resuelven casos concretos que los Estados deben implementar en los ámbitos nacionales. Asimismo, en los planos regionales existen cortes o tribunales de derechos humanos que emiten sentencias de cumplimiento obligatorio.

En este caso, las evaluaciones de los expertos son también fundadas en derecho pero tienden a producir impacto en la opinión pública de modo de disuadir a los gobiernos díscolos a adecuar su conducta a lo que las normas requieren<sup>7</sup>.

### **Algunas pautas sustanciales y metodológicas**

Esta presentación tiene por objeto estudiar los derechos económicos, sociales y culturales –a los que denominaremos de ese modo o por su sigla DESC, indistintamente–, a través de su tratamiento en el contexto universal y en el sistema interamericano.

Todo el desarrollo que sigue toma en cuenta criterios universales de interpretación y luego atiende las especificidades regionales mencionadas.

Para el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se previó un órgano especial de control sino sólo el examen de los informes periódicos de los Estados partes por el Consejo Económico y Social<sup>8</sup>. En 1976, este último estableció un grupo de trabajo compuesto por quince de sus miembros que representaron otros tantos Estados partes en el Pacto<sup>9</sup>. En 1982 por decisión 1981/158, el grupo de trabajo se convirtió en un órgano electo de expertos gubernamentales en derechos humanos. Finalmente, en 1985, el ECOSOC transformó al grupo en un Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –en adelante CESCR–, integrado por 18 expertos elegidos en su capacidad personal por el ECOSOC a partir de la lista propuesta por las partes en el Pacto. Esto es, que pretorianamente se ha establecido un órgano de tratado con facultades análogas a las de otros previstos en los

---

<sup>7</sup> Se trata, sustancialmente, de los procedimientos especiales en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Véase Concepción Escobar Hernández, *La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y las Violaciones de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Estudio de los Procedimientos Públicos Especiales*, Madrid, Editorial Universidad Complutense de Madrid, 3 vol., 1988; Mónica Pinto, “Los mecanismos de protección de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas”, 1997/1998, *Lecciones y Ensayos*, N° 69/70/71, 327-341.

<sup>8</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966, en vigor en general desde el 3 de enero de 1976, 993 UNTS 3, artículo 16, en adelante PIDESC.

<sup>9</sup> Resolución E/1988(LX).

textos convencionales. Una de ellas es el análisis de los informes periódicos que presentan los Estados partes.

Con miras a asistir a los Estados respecto de la obligación de presentar informes periódicos, el CESCR elaboró Comentarios Generales que expresan su opinión respecto del contenido y alcance de los derechos a los que ellos se refieren<sup>10</sup>.

Cuando el CESCR se estaba instalando, un grupo de 29 expertos provenientes de distintos países y organismos internacionales<sup>11</sup> convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht, Países Bajos), el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos y la Universidad de Cincinnati (Ohio, EEUU), se reunió en Maastricht del 2 al 6 de junio de 1986 para analizar la naturaleza y alcance de las obligaciones de los Estados partes en el PIDESC, la consideración de los informes periódicos que los Estados partes deben presentar al CESCR y la cooperación internacional prevista en la Parte IV del Pacto. El resultado se conoce como “Los Principios de Limburgo sobre la Implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”<sup>12</sup>.

Como sucede con la obra de los expertos respecto del derecho vigente<sup>13</sup>, este trabajo refleja el estado del derecho internacional en el momento de su realización. Las pocas referencias a un desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos en

---

<sup>10</sup> Véase que todos los órganos de tratados han recurrido a este mecanismo, ya que el método de los informes periódicos es general en el ámbito de los tratados de derechos humanos adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas. En el caso de especie, la versión más actualizada se encuentra en el documento HRI/GEN/1/Rev.7 de 2004, consultable en internet en el web site de las Naciones Unidas.

<sup>11</sup> Australia, Alemania (en ese momento la RFA), España, Estados Unidos de América, Hungría, Irlanda, México, Noruega, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Yugoslavia. Participaron también representantes de distintos organismos internacionales: el entonces Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, OIT, OMS, UNESCO y la Secretaría del British Commonwealth of Nations. Ello incluyó a cuatro miembros del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

<sup>12</sup> Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto internacional de DESC, UN GAOR, 43° período de sesiones, Anexo, E/CN.4/1987/17.

<sup>13</sup> Véase al respecto la tarea de la *International Law Association (ILA)*, del *Institut de Droit International (IDI)*, entre otros.

este punto se evidencian en el uso del tiempo verbal condicional (“*should*” en lugar de “*shall*”).

Otras fuentes autorizadas para señalar el alcance de los derechos son los informes de los relatores especiales, expertos independientes en el contexto de los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>14</sup>. En este sentido, tanto la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos como los expertos y relatores designados respecto de distintos países deben considerar la óptica de los DESC en sus informes<sup>15</sup>.

En relación con el sistema interamericano, las referencias surgen de la práctica de la Comisión y de la jurisprudencia de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

### Los DESC son derechos humanos

La noción de derechos humanos viene con un contenido dado que comprende, sin distinción, derechos susceptibles de ser caracterizados como civiles, políticos, económicos, sociales y culturales<sup>16</sup>. La decisión de adoptar distintos cuerpos normativos, para los derechos civiles y políticos y para los económicos, sociales y culturales es el fruto de la política internacional aplicada al campo de los derechos humanos<sup>17</sup>.

En efecto, la división Este-Oeste, las visiones antitéticas sobre el papel del Estado en relación con los derechos de los habitantes, condujeron a una visión occidental que privilegió los derechos

---

<sup>14</sup> Véase supra nota 7. En todo caso, en general, me limitaré a los informes producidos en las últimas sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

<sup>15</sup> E/CN. 4/RES/1995/15 #19-20.

<sup>16</sup> Véase Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, O.E.A., *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, OEA/Ser. L/V/I. 4 rev. 9 (2003); Declaración Universal de Derechos Humanos, A/RES/217 (III), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*. Véase también, Pedro Nikken, “El régimen jurídico de protección de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos económicos y desarrollo en América Latina* (J. Ordóñez y E. Vázquez, comp.), San José, IIDH, 1991, 16-26, p.16.

<sup>17</sup> Los documentos preparatorios de los dos Pactos atestiguan lo dicho.

civiles y políticos y la economía de mercado en el entendimiento de que el juego armónico de ambos conduciría al estado de bienestar, a la riqueza de las naciones. La visión del bloque del Este se orientó a una economía centralmente planificada en la que cada ciudadano cumplía un papel diferenciado y asignado y el Estado le garantizaba vivienda, trabajo, educación y salud.

La existencia de dos pactos es la traducción de estas posiciones y la distinta técnica legislativa –es decir, las diferencias en punto a la formulación de los derechos en uno y otro pacto– así como las diferencias iniciales en relación con los sistemas de control, sólo expresaron los puntos de vista de los distintos bloques<sup>18</sup>.

Cabe notar, en este sentido, cómo el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador<sup>19</sup>, redactado poco más de veinte años después de los Pactos Internacionales de 1966, vuelve a unificar la técnica legislativa.

De allí la inconducencia de la doctrina de las generaciones de derechos humanos que fue edificada con estos elementos y que procura –sin éxito, a mi criterio– brindar sustento a la existencia de cuerpos normativos separados. Ya he adelantado mi opinión respecto a que los derechos humanos no son los derechos individuales o sociales de algunas constituciones nacionales trasladados al ámbito internacional –lo que los privaría de autoridad en el ámbito de la universalidad– sino un concepto cualitativamente distinto.

También puede señalarse que en el ámbito internacional la preocupación por la cuestión social precedió la de los derechos humanos en sentido propio. Finalmente, a estas alturas de la evolución de los derechos humanos, parece claro para todos que los derechos civiles y políticos no se satisfacen con una simple abstención del Estado toda vez que hacen falta acciones positivas

---

<sup>18</sup> Véase *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights. Final Report submitted by Mr. Danilo Türk, Special Rapporteur*, E/CN. 4/Sub. 2/1992/16, # 8-37 donde señala la necesidad de un enfoque integrado.

<sup>19</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales, Protocolo de San Salvador, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988, en vigor en general desde el 16 de noviembre de 1999, *Serie sobre Tratados OEA N° 69*; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1144 UNTS 1213.

para gozar de un derecho a la jurisdicción, para no ser arbitrariamente privado de la vida.

En todo caso, basta recordar que la división en dos conjuntos normativos intentó ser superada por una constante doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos iniciada en la Proclamación de Teherán de 1968<sup>20</sup> y decididamente impulsada en la Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993<sup>21</sup>. Sin embargo, la historia no ha sido en vano y han quedado huellas en el distinto tratamiento de unos y otros. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales está permanentemente en jaque.

Por otra parte, la caída del Muro de Berlín no implicó, como en teoría hubiera podido pensarse, luchar por los derechos civiles y políticos porque los otros estaban dados sino casi un empezar desde cero.

En la inteligencia del sistema interamericano de derechos humanos, la noción de derechos humanos comprende también derechos civiles, económicos, políticos, sociales y culturales. Este dato es claro en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en abril de 1948, es una enunciación de derechos y deberes que recoge toda la herencia del liberalismo

---

<sup>20</sup> Véase el texto en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, #13*: Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social.

<sup>21</sup> A/CONF. 157/23, # 5: Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.



expresado en el constitucionalismo clásico y la proyecta al ámbito regional”<sup>22</sup>.

En ese contexto, se enuncian “derechos esenciales del hombre” –la denominación derechos humanos no aparece en la letra de la Declaración Americana– en un orden que no refleja jerarquías ni prioridades pero que expresa la cosmovisión de la ilustración y el liberalismo que la colonización española y, en menor medida, la inglesa y la portuguesa impusieron en sus dominios en este continente. Así, en lo que aquí interesa, se protegen derechos esenciales para el desarrollo de la vida del hombre: el derecho a la preservación de la salud y el bienestar (artículo XI), a la educación (artículo XII), a los beneficios de la cultura (artículo XIII), al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV), al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV), a la seguridad social (artículo XVI), entre otros.

En el balance, el tránsito de la Declaración Americana a la Convención Americana sobre Derechos Humanos no significó acrecer el número de derechos protegidos sino, probablemente, dotar de mayor precisión su contenido y alcance, así como dejar en el camino ese núcleo de derechos económicos, sociales y culturales que la primera recogía.

Empero, la norma consuetudinaria cristalizada a partir de la práctica de la Declaración Americana y de las normas reglamentarias que a ella reenvían, mantienen vigencia respecto de la totalidad del universo de Estados americanos, acotando la posibilidad de situaciones *non liquet* y, en esa medida, ampliando el espectro de derechos protegidos cuantitativa y cualitativamente. Esto es, permitiendo la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales allí protegidos.

En su informe anual a la Asamblea General en 1970, la CIDH señala que “en el campo de los derechos económicos y sociales, considera la Comisión que es también de apremiante urgencia la aceleración de los procesos de reforma agraria inspirados en el Artículo 23 de la Declaración Americana, y el progreso de todas las

---

<sup>22</sup> Estas ideas formaron parte de un artículo titulado “Declaración Americana: Contenido y Valor Jurídico”, *5 Hechos y Derechos*, publicación de la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del Ministerio del Interior, 1998, 39-43.

medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, al vestido, la vivienda y la asistencia médica”. La Comisión formula recomendaciones claras en este sentido: “que todos los Gobiernos consideren la adopción de medidas que fortalezcan la condición económica de los pueblos”; y continúa: “abrigamos la convicción de que un vigoroso desarrollo de nuestras economías nacionales, fundado en una justa cooperación internacional y en un intercambio equitativo de nuestros productos, es la base indispensable para la sólida construcción de una comunidad americana integrada por hombres y mujeres libres de temor, de miseria y de opresión”<sup>23</sup>.

Por otra parte, el discurso del sistema interamericano ha incorporado desde los inicios elementos fundamentales para la realización de los DESC.

Así, la compatibilidad de distintos sistemas políticos con el esquema normativo de los derechos económicos, sociales y culturales queda plasmada en el peor momento de las democracias en América. En su informe anual 1979-1980 a la Asamblea General, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que:

los esfuerzos para eliminar la extrema pobreza han tenido lugar bajo sistemas políticos, económicos y culturales radicalmente diferentes. Dichos esfuerzos han producido, a su vez, resultados espectaculares tal como ha quedado de manifiesto en los países que han ampliado los servicios de atención en salud pública al nivel más bajo de la sociedad, que han abordado sistemáticamente el problema del analfabetismo masivo, que han emprendido programas integrales de reforma agraria o que han extendido el beneficio de la seguridad social a todos los sectores de la población. Hasta ahora, no existe ningún sistema político o económico, ningún modelo individual de desarrollo, que haya demostrado una capacidad excluyente o claramente superior para promover los derechos económicos y sociales, pero cualquiera que sea ese sistema o modelo, deberá atender prioritariamente la realización de aquellos fundamentales derechos que permitan eliminar la extrema pobreza<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1970, OEA/Ser. L/V/II. 25 Doc. 9 Rev. (1971).

<sup>24</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1974, OEA/Ser. L/V/II. 50 doc. 13 rev. 1.

Cuando las normas reglamentarias habilitaron el tratamiento de peticiones individuales por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH–, ellas le asignaron la función de “prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los Artículos I (derecho a la vida, la seguridad e integridad de la persona), II (derecho de igualdad ante la ley), III (derecho de libertad religiosa y de culto), IV (derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión), XVIII (derecho de justicia), XXV (derecho de protección contra la detención arbitraria) y XXVI (derecho a proceso regular) de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”<sup>25</sup>. Esta circunstancia no fue óbice al tratamiento por parte de la CIDH de un espectro más amplio que incluyó, en su caso, los DESC.

De esta suerte, por ejemplo, la Comisión declaró que la persecución de la tribu Aché del Paraguay, el asesinato de numerosos de sus miembros, la venta de niños, la privación de atención médica y de provisión de medicinas durante epidemias y las condiciones de trabajo inhumanas a que fueron sometidos sus integrantes, configuraban gravísimas violaciones al derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (artículo I); al derecho a la constitución y a la protección de la familia (artículo VI); al derecho a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI); derecho al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV) y al derecho al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV), según la Declaración Americana<sup>26</sup>.

El proceso de codificación que condujo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>27</sup> supuso priorizar los derechos civiles y políticos y acotar los DESC a una norma caracterizada como de “desarrollo progresivo”, cuya formulación responde a la inspiración del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado pocos años antes.

---

<sup>25</sup> Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Estatuto CIDH) artículo 20 (a), en *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, actualizado a enero 2003, p. 119.

<sup>26</sup> Caso N° 1802, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977, OEA/Ser. L/V/II. 43 doc. 21 corr. 1, pp. 34-35.

<sup>27</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada el 22 de noviembre de 1969, en vigor en general desde el 18 de julio de 1978, 1144 UNTS 1213.

En esta inteligencia, la disposición del artículo 26 de la Convención ha ligado su suerte a las de “las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”, lo que permite inferir que, en principio, hay obligaciones positivas de los Estados a este respecto que se suman a las que dimanarían de la Declaración Americana. Ello conforma un conjunto normativo de carácter general que luego se verá enriquecido por el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador<sup>28</sup>.

La práctica de la CIDH en materia de DESC se ha reflejado sustancialmente a través de los informes sobre países aunque pueden mencionarse aportes importantes en los señalamientos formulados en los informes anuales a la Asamblea General y las decisiones adoptadas en algunos casos en el sistema de peticiones individuales.

La Comisión ha capitalizado las normas de la Declaración y de la Convención Americanas en materia de DESC en momentos en que el Protocolo de San Salvador no era norma jurídica positiva en el sistema:

El hecho de que todavía no haya entrado en vigencia este Protocolo, sin embargo en modo alguno significa que en el ámbito del sistema interamericano se carezca de normas que tutelan de manera directa a los derechos económicos, sociales y culturales y que generan obligaciones internacionales para el Estado colombiano. El artículo 26 de la Convención Americana requiere que los Estados partes adopten “providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional (...) para lograr progresivamente, por vía legislativa u otros medios apropiados, la plena efectividad” de tales derechos. Como ya ha dicho anteriormente la Comisión, “si bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de

---

<sup>28</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988, en vigor en general desde el 16 de noviembre de 1999, *Serie sobre Tratados OEA N° 69*.

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”. Por otra parte, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la reforma efectuada a través del Protocolo de Buenos Aires, en diferentes artículos, entre los que se destacan el 33, 44 y 48, consagra diferentes derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en sus artículos XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI y XXII enumera mucho de estos derechos. Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Americana tiene plenos efectos jurídicos y los Estados miembros de la OEA están obligados por ella<sup>29</sup>.

### **Las obligaciones de los Estados**

Además de las disposiciones pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aplicables a todos los Estados en tanto que norma consuetudinaria internacional –tal como lo sostuviera la Corte Internacional de Justicia<sup>30</sup>– al 29 de junio de 2005, 151 Estados son parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que para ellos rigen también estas normas convencionales.

Las obligaciones de los Estados en relación con los derechos humanos son –respecto de todos ellos–, las de respetarlos y garantizarlos así como la de adoptar las medidas necesarias a tales fines. Estas obligaciones se adecuan a la distinta naturaleza de los derechos.

En materia de derechos económicos, sociales y culturales, los Estados deben adoptar medidas tanto de orden interno como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr progresivamente, por todos los medios

---

<sup>29</sup> Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser./L/VII.102 doc. 9 rev. 1 (1999), #4.

<sup>30</sup> Corte Internacional de Justicia en su decisión en el caso de la Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd., CIJ Recueil 1970, # 33-34.

apropiados, inclusive en particular la adopción de legislación interna, la plena efectividad de los derechos reconocidos<sup>31</sup>.

Se trata de obligaciones de comportamiento y de resultado que son frecuentemente opuestas a la tríada de obligaciones básicas que surgen de los tratados relativos a derechos civiles y políticos como argumento para sostener la exigibilidad inmediata de éstos por oposición a la no-exigibilidad de aquellos. Ello no es así.

De lo que se trata es de avanzar hacia el logro de los DESC, lo que no puede entenderse ubicando a estos derechos y sus correlativas obligaciones para el Estado en un limbo jurídico.

Las obligaciones de los Estados, pues, tienen en cuenta los recursos disponibles y sus fuentes, incluida la cooperación internacional. La reconocida progresividad que caracteriza a la concreción de estos derechos debe entenderse como una política de avance claro hacia su logro.

Así, la CIDH se preocupó de resaltar que progresividad no significa postergación *sine die* sino, por el contrario, la posibilidad prevista normativamente de ir logrando la meta por etapas. Así, expresó que:

el carácter progresivo del deber de realización de algunos de estos derechos, según lo reconocen las propias normas citadas, no implica que Colombia pueda demorar la toma de todas aquellas medidas que sean necesarias para hacerlos efectivos. Por el contrario, Colombia tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en dichas normas. Bajo ningún motivo, el carácter progresivo de los derechos significa que Colombia puede diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para su completa realización<sup>32</sup>.

En este sentido, el Estado tiene la obligación de actuar expeditamente y con eficacia hacia la meta de la realización de los derechos que trata<sup>33</sup> y a tal fin es capital que se les asigne prioridad

---

<sup>31</sup> Cf. PIDESC artículo 2, Protocolo de San Salvador artículo 1.

<sup>32</sup> Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/VII.102 doc. 9 rev. 1 (1999), #6.

<sup>33</sup> Cançado Trindade, A. A., "The future of the International Protection of Human Rights", in *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber*, Brussels, Bruylant, 1999, 961-986 at 965-974.

previando para ello los recursos necesarios en cada ocasión y a la luz de las disponibilidades. No es realista pensar que sólo los Estados con recursos suficientes tienen obligaciones en esta materia o que sólo cuando los Estados reúnen los recursos suficientes comienzan sus obligaciones. Se trata de incluir a los DESC en las políticas nacionales, de avanzar inexorablemente y de evitar toda medida de regresión que, en su caso, debe ser justificada<sup>34</sup>. Ello supone constatar que los puntos de partida en este campo son forzosamente distintos y también señala la diferenciación de responsabilidades entre Estados que puedan sufrir una misma carencia: para quienes suponga un retroceso, habrá responsabilidad comprometida; para quienes no sea así, podrá eventualmente ser diferente.

El texto es claro en señalar la responsabilidad primaria del Estado en la garantía de estos derechos. Se trata de “adoptar medidas (...) inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”. El enfoque es coherente con la responsabilidad que cabe a todo Estado de garantizar los derechos humanos de sus habitantes. No hay dispensa por razón de pobreza, carencia o desastre. Entiéndase bien, no se trata de pedir a quien no tiene, para ello hay previsiones respecto de la asistencia y la cooperación internacionales, sino de poner en cabeza del Estado iniciativa y responsabilidad. Su plan de acción debe incluir las gestiones necesarias para completar sus carencias.

En cuanto a la obligación de avanzar sostenidamente, es ilustrativo el Plan de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en cuanto expresa que:

para fortalecer el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, deberían examinarse otros métodos, como un sistema de indicadores para medir los avances hacia la realización de los derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales. Debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel nacional, regional e internacional<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> CESCR, General Comment N° 3, en *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies* (en adelante “*Compilation*”) HRI/GEN/1/Rev. 7 (2004), # 2, p. 15.

<sup>35</sup> A/CONF.157/23 # 98.

En este sentido, se ha sostenido con razón que “los medios apropiados” para cumplir con las obligaciones del Estado incluyen a las instituciones nacionales de derechos humanos. Ellas están en condiciones de promover programas educativos e informativos con el fin de aumentar la conciencia de los derechos económicos, sociales y culturales en la población en general y en grupos específicos, de controlar la compatibilidad de la legislación vigente con los DESC así como de proponer nuevas normas, de asesorar técnicamente al poder público, de identificar los criterios para medir los progresos, de llevar a cabo investigaciones sobre el tema, de controlar el cumplimiento de las obligaciones del Estado, de recibir y, en su caso, tramitar denuncias sobre los DESC<sup>36</sup>.

En la mayoría de los casos deberán adoptarse medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos. Es ésta una obligación de resultado, exigible a partir de un plazo razonable desde la entrada en vigor del tratado. Se trata de un deber que no está limitado por ninguna consideración<sup>37</sup> que, además, requiere de la formalización y concreción de medidas económicas y técnicas que permitan el ejercicio efectivo de los derechos protegidos. La cuestión radica en poner en marcha programas que conduzcan a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Las medidas, pues, deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto<sup>38</sup>.

Más allá de ello, la práctica del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que las disposiciones relativas a la igualdad de hombres y mujeres, el derecho a salario equitativo, los derechos sindicales, la protección de los niños y los adolescentes, la enseñanza primaria obligatoria, la libertad de elegir la educación de los hijos, las instituciones religiosas de enseñanza y la libertad de investigación científica y de creación, son intrínsecamente operativas<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> CESCR, General Comment N° 10 (1998), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev.7* (2004), # 3 p. 59.

<sup>37</sup> CESCR, General Comment N° 3, en *Compilation HRI/GEN/1/Rev. 7* (2004), # 2, p. 15.

<sup>38</sup> Ídem, # 3-4, p. 15-16.

<sup>39</sup> Ídem, # 5 p. 16; PIDESC artículos 3, 7.1. a, 8, 10.3, 13.2. a, 13.3, 13.4, 15.3.



En el ámbito de los “derechos de bienestar social”<sup>40</sup> los Estados se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos protegidos, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Cabe aquí señalar que en el ámbito universal se entiende que el compromiso apuntado “ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia (...) los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos, como se afirma entre otros lugares en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata”<sup>41</sup>. Ello resulta acorde con la cuestión ideológica que dio sustento a la existencia de dos cuerpos normativos.

La obligación positiva de hacer, esto es, el deber de adoptar medidas tendientes a la realización de los DESC es uno de los señalamientos más frecuentes de la Comisión en sus análisis respecto de la situación de los derechos humanos en los distintos países del continente. Consecuentemente, ha señalado que:

1. La adopción de medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es un compromiso internacional asumido por Brasil al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos según su Artículo 26, que señala que esos derechos son los “contenidos en la Carta de la OEA (...)”. Al respecto, la Carta de la OEA en su Artículo 33 indica que entre los objetivos básicos de su desarrollo integral

---

<sup>40</sup> Antonio A. Cançado Trindade, “La Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I* (R. Cerdas Cruz y R. Nieto Loaiza, comp.), San José, IIDH, 1994, 39-62; David M. Trubek, “Economic, Social and Cultural Rights in the Third World: Human Rights Law and Human Needs Programs” en *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (Theodor Meron Ed., Oxford, Clarendon Press, 1984, 2 vol.), 205-271.

<sup>41</sup> Ídem, # 8, pp. 16-17.

convenidos por los países en la Carta, se encuentran la igualdad de oportunidades, y la distribución equitativa de la riqueza y de la renta. La Comisión considera importante incluir en este informe un sucinto panorama de la situación socioeconómica de Brasil, pues además de lo antedicho, los particulares desequilibrios en la distribución de la renta y de oportunidades en Brasil son a juicio de la Comisión, factor central generador de situaciones propicias a la violencia y a la violación de los derechos humanos.

2. Cumple al Estado promover su desarrollo integral con total soberanía en cuanto a sus políticas y estrategias, pero de acuerdo a ese compromiso estos objetivos son indeclinables. Más aún, los estudios señalan la importancia de las decisiones del Estado en el mejoramiento de estas situaciones, y concretamente para el Brasil se ha demostrado que “la variación significativa entre Estados (federales) en cuanto a condiciones de pobreza que no es explicada sólo por diferencias de ingreso, sugiere que las políticas y estructura económica son también variables importantes”<sup>42</sup>.

Si el reclamo de indivisibilidad e interdependencia tiende, en general, a subrayar que los DESC son derechos humanos, la lamentable práctica del hemisferio dio lugar al planteo inverso. En efecto, en 1974, la Comisión señala: “Esta Comisión, apreciando con toda objetividad la situación vigente en la generalidad de los países americanos en cuanto al respeto y adecuada protección de los derechos humanos, no puede menos que reconocer que, si bien se han obtenido ciertos avances en relación con algunos de los llamados derechos sociales, económicos y culturales, se registran graves regresiones en el campo de los denominados derechos civiles y políticos”<sup>43</sup>.

El mismo esquema de interdependencia se ha verificado en contextos de violencia generalizada. En este orden de ideas, al analizar la situación de los derechos humanos en Colombia, la CIDH subrayó esta idea:

El fenómeno de la violencia generalizada, analizado detenidamente por la Comisión en otros capítulos del presente Informe, aunado a la

---

<sup>42</sup> Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, OEA/Ser. L/V/II. 97 Doc. 29 rev. 1 (1997), Capítulo II, #1-2.

<sup>43</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1974, OEA/Ser. L/V/II. 34 doc. 31 rev. 1.

situación de los miles de colombianos que viven desplazados de sus hogares, repercute negativamente en la vigencia real de los derechos económicos, sociales y culturales.

Como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, “persiste un ambiente de violencia en gran escala en Colombia...[que] desestabiliza gravemente el país y dificulta los esfuerzos que realiza el Gobierno para garantizar a todos el disfrute pleno de los derechos económicos, sociales y culturales”.

La incidencia negativa de la violencia se refleja en el hecho de la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, que genera, como ha indicado ya la Comisión en otro contexto, “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... por la otra. Y esa relación, según se ha puesto de manifiesto, es, en gran medida, una relación de causa y efecto<sup>44</sup>.

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

---

<sup>44</sup> Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/VII. 102 doc. 9 rev. 1 (1999), #17-19.

derechos civiles y políticos. Es lo que sucede cuando nos encontramos con una situación de pobreza extrema<sup>45</sup>.

El tema está presente en el instrumento relativo a los DESC: La Comisión resaltó asimismo que el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” reconoce en forma expresa:

la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros<sup>46</sup>.

Me gustaría recordar aquí un párrafo del voto separado de Rodolfo Piza Escalante en la opinión consultiva sobre la propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica cuando señala:

mi convicción de que la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, “exigibles directamente por sí mismos”, y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, “exigibles indirectamente”, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos o de otros derechos, son circunstanciales e históricamente condicionados, pero sí puede afirmarse, en general,

---

<sup>45</sup> Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser.L/VII.110 doc. 52 (2001), #4.

<sup>46</sup> Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser.L/VII.110 doc. 52 (2001), Capítulo V, #2.

que cuando quiera que se concluya en que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva. Es así como los principios de “desarrollo progresivo” contenidos en el artículo 26 de la Convención, si bien literalmente referidos a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, deben a mi juicio entenderse aplicables a cualquiera de los derechos “civiles y políticos” consagrados en la Convención Americana, en la medida y aspectos en que éstos no resulten razonablemente exigibles por sí mismos, y viceversa, que las normas de la propia Convención deben entenderse aplicables extensivamente a los llamados “derechos económicos, sociales y culturales” en la medida y aspectos en que éstos resulten razonablemente exigibles por sí mismos (como ocurre, por ejemplo, con el derecho de huelga). En mi concepto, esta interpretación flexible y recíproca de las normas de la Convención con otras internacionales sobre la materia, e inclusive con las de la legislación nacional, se conviene con las “normas de interpretación” del artículo 29 de la misma, aplicadas de conformidad con los criterios principistas y finalistas expuestos atrás<sup>47</sup>.

### **Los DESC también integran el orden público internacional**

En el plano nacional, la progresividad apuntada no exime de la obligación mínima que corresponde a cada Estado parte de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos protegidos.

Así, en este contexto, se exige que las limitaciones fomenten el bienestar general, esto es, que reflejen un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto<sup>48</sup>.

De alguna manera, el artículo preserva un mínimo de derechos básicos cuya restricción no se considera compatible con la

---

<sup>47</sup> Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No 4, Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párrafos 3 y 6.

<sup>48</sup> Véase supra nota 12, Principios de Limburgo, N° 52.

promoción del bienestar general en una sociedad democrática: el derecho a la alimentación, la atención primaria de la salud, el derecho a tener un alojamiento precario y la educación básica. El mismo criterio del bienestar general en una sociedad democrática impone la protección a los grupos más vulnerables en situaciones de restricción, como por ejemplo los períodos de ajuste.

En tiempos de crisis esta vigencia debe reforzarse asumiendo que estos derechos integran, junto con los derechos civiles y políticos no susceptibles a tenor del artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>49</sup> –que tomo aquí como norma de alcance prácticamente universal, en razón de encontrarse en vigor para 154 Estados al 29 de junio de 2005<sup>50</sup>– la expresión mínima de dignidad.

La primera inferencia de lo anterior hace la noción de democracia. El Pacto asume que existen varios modelos de democracia. En todo caso, lo que debe quedar claro es que en todos ellos se exige un determinado respeto por los derechos humanos<sup>51</sup>.

No hay norma sobre suspensión de derechos económicos, sociales y culturales durante los estados de excepción.

La garantía de este conjunto mínimo de derechos así como la vigencia del principio de no discriminación debe darse respecto de todas las personas que residen en lugares sujetos a la jurisdicción de los Estados. No caben aquí las reservas respecto de extranjeros, eventualmente válidas en relación con otros derechos. En efecto, el Pacto es particularmente claro cuando contempla una eventual dispensa respecto de los extranjeros pero sólo en favor de los Estados en desarrollo y respecto de los derechos económicos<sup>52</sup>.

No ha habido aún un pronunciamiento autorizado de los órganos de control respecto de las obligaciones de los Estados en materia de DESC respecto de los “ilegales”. Sin embargo, creo que ellos no

---

<sup>49</sup> 999 UNTS 171. Respecto del texto en español, véase también 1057 UNTS 407.

<sup>50</sup> Véase [www.unhchr.ch/pdf/report.pdf](http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf).

<sup>51</sup> Véase supra nota 12 Principios de Limburgo, # 55.

<sup>52</sup> PIDESC, artículo 2.3: “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.

deberían quedar sustraídos del universo al que debe garantizarse el núcleo duro<sup>53</sup>.

### La justiciabilidad de los DESC

La naturaleza progresiva de las obligaciones asumidas por los Estados en los tratados sobre derechos económicos, sociales y culturales ha conducido a sostener que carecen de justiciabilidad, esto es, que no serían exigibles por la vía judicial.

No es ésta, por cierto, la conclusión a la que debe arribarse a partir de la interpretación de las normas “de buena fe conforme al sentido corriente de los términos (del tratado) en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”<sup>54</sup>. En efecto, parece irrazonable entender que las normas que protegen tales derechos carecen de fuerza obligatoria por completo o, en su defecto, que difieren el cumplimiento de lo que ellas mandan a un futuro incierto. Considerar rígidamente que todo el conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales queda sustraído al conocimiento de los tribunales sería arbitrario e incompatible con los principios de indivisibilidad e interdependencia. Además colocaría a los grupos más vulnerables en una situación de gran desprotección<sup>55</sup>.

Debe asumirse, como se señalara más arriba, que algún aspecto de cada uno de los derechos resulta en general exigible por la vía judicial. En este sentido, varios autores han señalado lo propio apuntando a los aspectos negativos de los derechos –por ejemplo, la obligación de no discriminación– que da lugar a acciones judiciales ordinarias, que no reconocen diferencia con las que pueden iniciarse por la violación de esta obligación respecto de uno de los derechos civiles o políticos<sup>56</sup>. Por otra parte, el reclamo debe acotarse a la situación concreta de una o más personas determinadas.

---

<sup>53</sup> Véase “Miles de alumnos extranjeros no pueden cursar bachillerato por carecer de papeles”, *El País* (Madrid, España), 28 de julio de 2004, p. 20.

<sup>54</sup> Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31.1, 1155 UNTS 331. Esta lectura resulta confirmada por la Observación General N° 9 del CESCR, en *Compilation HRI/GEN/1/Rev. 7* (2004), # 10 p. 57.

<sup>55</sup> CESCR, General Comment N° 9, 1998, en *Compilation HRI/GEN/1/Rev. 7* (2004), # 10 p. 57.

<sup>56</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de

### **Las estrategias del sistema interamericano con miras a la justiciabilidad de los DESC: El enfoque según el artículo 26**

El 11 de octubre 2001, la CIDH emitió su informe en el caso 11.381 en la cual se denuncia el error judicial contenido en la Sentencia N° 44 sobre el recurso de amparo interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia. Los peticionarios alegan que como consecuencia de las arbitrariedades cometidas por las autoridades administrativas y judiciales quedaron desempleados 142 trabajadores de Aduanas<sup>57</sup>, de quienes dependen económicamente más de 600 familiares, de los cuales más de la mitad son niños. Luego de agotar, a su criterio, una serie de intentos para lograr una reclasificación de cargos y una mejora salarial de acuerdo con la indexación, entre otras demandas, los trabajadores iniciaron una huelga que fue declarada ilegal por las autoridades por tratarse de trabajadores del servicio público o de interés colectivo. De resultas de una acción de amparo, lograron suspender los despidos que estaban llevándose a cabo. Sin perjuicio de ello, la decisión judicial fue desconocida respecto de 142 trabajadores, en su mayoría líderes de base.

La petición denuncia arbitrariedad de sentencia y uso desproporcionado de la fuerza por parte de los efectivos policiales durante la huelga. Se alega la responsabilidad internacional de la República de Nicaragua por violación de los derechos a la integridad personal (artículo 5), garantías judiciales (artículo 8), indemnización por error judicial (artículo 10), asociación (artículo 16) y protección judicial (artículo 25), consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la “Convención”).

En este caso y por aplicación del criterio *iuria novit curia*, la CIDH invoca los DESC:

La Comisión considera que los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los

---

aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, M. y Courtis, C. (Comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/Ed. del Puerto, Bs. As. (1997); *Los derechos sociales como derechos exigibles*, de los mismos autores, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

<sup>57</sup> Informe N° 100/01, Caso 11.381, Milton García Fajardo y otros, Nicaragua, 11 de octubre de 2001, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001*, OEA/Ser./L/V/II.114 doc. 5 rev. (2002).



derechos económicos, sociales y culturales tutelados por la Convención Americana en su artículo 26. Las violaciones de los derechos de los trabajadores son claras cuando se habla de los principios de legalidad y retroactividad, así como de la protección de las garantías judiciales. Las violaciones por parte del Estado de Nicaragua determinan los perjuicios económicos y postergan los derechos sociales de los peticionarios<sup>58</sup>.

En este orden de ideas, la CIDH recuperó los derechos al trabajo, al descanso y a la seguridad social protegidos en los artículos XIV a XVI de la Declaración Americana y señaló que Nicaragua había firmado en 1988 el Protocolo de San Salvador por lo que le corrían las obligaciones de no frustrar el objeto y el fin del tratado con su conducta. Específicamente sostuvo que: “La Comisión estima que en el presente caso el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales”, y declaró la violación de los derechos enunciados en la petición y el artículo 26 de la Convención Americana<sup>59</sup>.

### **El enfoque integrado**

En los inicios de la década del 90, la CIDH desestimó la presentación formulada por el Movimiento Vanguardia de Jubilados y Pensionados del Uruguay, sustancialmente por falta de agotamiento de los recursos internos. Empero, en atención a las “dimensiones morales” del tema formuló algunas consideraciones que basó en el eje de la no-discriminación:

No obstante, la Comisión no puede dejar de considerar las dimensiones morales del problema dada las circunstancias especiales del caso, v.g., la calidad, condición social y económica, y número de los afectados por una situación fáctica de desigualdad. Se trata de un considerable sector social, particularmente sensible y económicamente débil al que la sociedad le debe especial protección. Asimismo, deben atenderse las implicaciones prácticas que significaría para los recurrentes como para los tribunales, la

---

<sup>58</sup> Ídem, #95.

<sup>59</sup> Ídem, #98-101.

presentación de las demandas de 100,000 o 54,000 jubilados y pensionistas, según se está a las cifras de los reclamantes o del Gobierno, respectivamente. Por tanto, la Comisión no puede dejar de ponderar estas especiales circunstancias en este informe. (...)

La Comisión entiende que el Gobierno uruguayo admite que aún se puede arribar a una satisfacción completa de la reclamación, cuando afirma que “la solución de esta cuestión se está tratando a nivel de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, constituyendo una cuestión abierta y aún pendiente de solución, la que dependerá en todo caso de los recursos disponibles, siendo en último análisis, el desarrollo progresivo de la economía y la mejora sustancial de ésta la que podrá poner término en forma satisfactoria el tema en debate”. Siendo así y atendiendo a lo preceptuado en el Artículo 42 de la Convención, como así también en el Artículo 62 de su Reglamento se encuentra oportuno requerir al Gobierno del Uruguay incorpore, en el informe anual a que ellos aluden, un capítulo especial perteneciente a la materia objeto de este caso<sup>60</sup>.

Empero, sostener que los derechos económicos, sociales y culturales son exigibles judicialmente no soluciona la cuestión de su efectivo goce y ejercicio toda vez que el Poder Judicial no es el órgano apropiado para diseñar política pública; además, el contexto de un caso judicial –necesariamente acotado– no es el mejor para la discusión de medidas o normas de carácter general y, en todo caso, objetivamente, la solución judicial crea situaciones inequitativas desde la óptica de la vigencia de los derechos.

Se trata, pues, de la necesidad de una política pública, de una política de Estado activa en el tema y de una política de actores privados que pueda adecuarse en consecuencia<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Informe 90/90, Caso 9893, Uruguay, 3 de octubre de 1990, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991, OEA/Ser.L/V/II. 79 rev. 1 doc. 12 (1992), #23 y 27.

<sup>61</sup> Véase *Ejercicio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la cuestión de las empresas transnacionales. Documento de trabajo relativo a los efectos de las actividades de las empresas transnacionales sobre el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales*, preparado por el Sr. El Hadji Guissé, en virtud de la resolución 1997/11 de la Subcomisión, E/CN. 4/Sub. 2/1998/6.

### **La cooperación internacional en materia de DESC**

La obligación de adoptar medidas para dar efectividad progresivamente a los DESC incluye la asistencia y cooperación internacionales.

En una manifestación que capitaliza las obligaciones emanadas de la Carta, el Comité de DESC ha señalado “que de acuerdo con los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, con principios bien establecidos del derecho internacional y con las disposiciones del propio Pacto, la cooperación internacional para el desarrollo y, por tanto, para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de todos los Estados”<sup>62</sup>.

El artículo 22 del PIDESC expresa que

el Consejo Económico y Social podrá señalar a la atención de otros órganos de las Naciones Unidas, sus órganos subsidiarios y los organismos especializados interesados que se ocupen de prestar asistencia técnica, toda cuestión surgida de los informes a que se refiere esta parte del Pacto que pueda servir para que dichas entidades se pronuncien, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de las medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del presente Pacto.

En este contexto, la práctica del CESCR señala que sin perjuicio de la responsabilidad primaria del ECOSOC en lo dispuesto en el artículo 22, cabe al Comité un papel muy activo en el consejo y la asistencia al ECOSOC. Se trata de involucrar a la totalidad del sistema de la ONU en esta empresa<sup>63</sup>.

En relación con los programas de cooperación internacional es importante destacar dos cuestiones: por un lado, los principios generales de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y, por el otro, la constatación de que no toda actividad para el desarrollo comporta automáticamente una contribución al respeto de los DESC. De allí que en su informe de 1979, el Secretario General de las Naciones Unidas subrayara la importancia de llevar a

---

<sup>62</sup> CESCR, General Comment N°3, en *Compilation HRI/GEN/1/Rev.7* (2004), # 2, p. 15.

<sup>63</sup> CESCR, General Comment N°2 (1990), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev.7* (2004), # 1-2 p. 12.

cabo un “*human rights impact statement*” respecto de los programas de desarrollo.

En este orden de ideas, ya en 1990, el CESCR se pronunció sobre el impacto adverso de las políticas derivadas del endeudamiento y de las medidas de ajuste a las que calificó de inevitables. Sin embargo señaló que los Estados partes en el Pacto, así como los órganos de las Naciones Unidas y de la familia de las Naciones Unidas, debían adoptar un enfoque de “ajuste con dimensión humana” o “dimensión humana del desarrollo” de modo tal que la protección de los DESC de los pobres se transformara en un objetivo básico del ajuste económico<sup>64</sup>. Lamentablemente, ello no sucedió así.

El análisis de las conclusiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>65</sup> respecto del Segundo Informe Periódico presentado por la República Argentina<sup>66</sup>, permite sostener que los factores y dificultades que obstaculizan la aplicación del Pacto radican sustancialmente en que “la ejecución del programa de ajuste estructural ha menoscabado el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular en el caso de los grupos desfavorecidos”. Sin perjuicio de la mayor o menor sensibilidad y del mayor o menor margen de maniobra de los gobiernos para aplicar las políticas de ajuste, cabe sostener que ellas son el resultado de las exigencias de los organismos financieros internacionales que durante la década pasada aplicaron férreamente los postulados del denominado Consenso de Washington, expandiendo la receta liberal a todas las naciones en una fórmula única –como la de las prendas de talle único o “universal”– que condujo a inequidades con consecuencias de magnitud acorde con la realidad social en que se aplicaron.

Es posible encontrar como observación reiterada que las persistentes y extremas desigualdades así como la injusticia social, la regresión económica y los efectos de las políticas de ajuste han impactado negativamente en el goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Ídem, # 9 p. 14.

<sup>65</sup> E/C.12/1/Add.38.

<sup>66</sup> E/1990/6/Add.16.

<sup>67</sup> CESCR, Conclusions and Recommendations, Colombia, E/C.12/1/Add. 74 (2001), # 7-8.

A ello debe agregarse el elemento adicional de democracias débiles, los distintos niveles de corrupción en los gobiernos y un poder judicial ineficiente.

Esta constatación llama a un encuentro entre los órganos de la comunidad mundial para las cuestiones económicas y los órganos de esta misma comunidad para la protección de los derechos humanos. Mientras el encuentro fructifica desde los ámbitos nacionales la tarea fundamental es la de cumplir con las pautas del buen gobierno, eliminar la corrupción, generar la transparencia, consagrar la equidad y reforzar el estado de derecho.

### **Sanciones económicas y DESC**

En un esquema razonable uno puede pensar que si un Estado asume las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos a todas las personas bajo su jurisdicción, puede también tener una política exterior coherente con ese objetivo y por ello, calificar sus relaciones con los países que emprenden políticas sistemáticas de violación a los derechos humanos.

Este patrón de conducta puede expresarse por el apoyo importante a las sanciones que eventualmente la comunidad internacional institucionalizada pueda imponer a un Estado violador –v.g. las sanciones al régimen de Sudáfrica por el apartheid<sup>68</sup>– o, eventualmente, por la adhesión a políticas de grupo –como las que la Unión Europea tiene previstas para los Estados en los que se registren violaciones fundamentales y persistentes de los derechos humanos y de los principios democráticos<sup>69</sup>– o por medidas unilaterales como las que supo concebir el gobierno de los Estados Unidos en la década del 70<sup>70</sup>.

En todos los casos, de lo que se trata es de computar los derechos humanos en el diseño de la política exterior, lo cual es un derecho incuestionable de los Estados. Empero, el tema cambia cuando en ese hacer se lesionan, se obstruyen los DESC de la población en cuestión.

---

<sup>68</sup> Resolución S/181(1963) y otras.

<sup>69</sup> Reglamento (CEE) N° 443/92 del Consejo, de 25 de febrero de 1992.

<sup>70</sup> *Foreign Assistance Act of 1973*, § 32, 87 Stat. 733 (1973); *Foreign Assistance Act of 1974*, § 46, 88 Stat. 1815 (1974).

Ello es particularmente evidente en las medidas coercitivas unilaterales que tienen como efecto extraterritorial el inhibir a terceros Estados de comerciar con los “Estados sancionados” por temor a sufrir sanciones ellos mismos<sup>71</sup>. No es la idea aquí la de discutir el valor jurídico de estas medidas que, en mi opinión, son francamente violatorias del derecho internacional vigente, sino, por el contrario, el de considerar que ellas, y todas las impuestas en ejercicio de legítimos derechos, tienen un inevitable impacto sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos en general y de los DESC en particular de las poblaciones involucradas. Ello sin perjuicio de los matices que pueden efectuarse, como es el caso de la Unión Europea que dado un supuesto en que se suspendiera la cooperación, se mantendría limitada solamente a las acciones que beneficien directamente a los grupos de población necesitados.

La imposición de sanciones debe distinguir entre el objetivo básico de ejercer presión política y económica sobre las autoridades para persuadirlas de conformarse al derecho internacional y el efecto colateral de infligir un sufrimiento mayor a la población nacional. De allí que el régimen de sanciones del Consejo de Seguridad haya incluido excepciones humanitarias las que, lamentablemente, son más formales que efectivas<sup>72</sup>.

El Comité ha deslindado ámbitos de responsabilidad en el régimen de sanciones que tienen relación con las obligaciones de todos los Estados respecto de los DESC. Así, si el Estado afectado por las sanciones no se exime de cumplir con sus obligaciones en materia de DESC, los Estados miembros del Consejo de Seguridad tampoco. En este orden de ideas, si bien China y los Estados Unidos son terceros Estados respecto del PIDESC, por la vía de las Convención sobre los Derechos del Niño y de la jerarquía de norma consuetudinaria de la Declaración Universal de Derechos Humanos, tienen la obligación de no infligir mayor daño a los grupos vulnerables<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Véase “1992 Cuban Democracy Act” y “1996 Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act or Helms-Burton Act”.

<sup>72</sup> CESCR, General Comment N°8 (1997), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev.7* (2004), # 4-5 p. 52.

<sup>73</sup> Ídem, # 8-9 p. 53.

En general, al imponer sanciones económicas debería tenerse en cuenta la vigencia de los DESC, debería supervisarse periódicamente el impacto de las sanciones en los DESC de la población afectada y deberían implementarse medidas a través de la cooperación internacional para contrarrestar los efectos de las sanciones<sup>74</sup>.

### **Los DESC y las situaciones de conflicto armado**

Ha quedado dicho que no se ha previsto una cláusula sobre estados de excepción o emergencia en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Empero, ello no autoriza a sostener que carecen de relevancia en el ámbito de los conflictos.

Por el contrario, en el tratamiento post-conflicto y básicamente a partir de constatar inequidades flagrantes en la distribución de la riqueza y del bienestar mínimo de la decencia, los informes sobre la situación de los derechos humanos en distintos países vinculan a los DESC con las causas del conflicto.

El informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos en Sierra Leona, presentado a la 60 sesión de la Comisión de Derechos Humanos celebrada en el 2004, señala dramáticamente que es necesario un urgente progreso en los DESC para que el proceso de paz se consolide. Aludiendo a los documentos de la Estrategia para la Reducción de la Pobreza, patrocinados por el Banco Mundial, el informe indica que el bajo ingreso *per cápita* y las inequidades en la distribución del ingreso como algunas de las causas del conflicto<sup>75</sup>.

En el mismo orden de ideas, el Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada como componente del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, puso de manifiesto el impacto del tema en la post-guerra de Afganistán y en la seguridad en ese país<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Ídem, # 11-15 p. 53-4.

<sup>75</sup> E/CN.4/2004/16, # 32.

<sup>76</sup> E/CN.4/2004/48/Add.2 # 97.

## Los DESC y la equidad de género

La lectura de los indicadores de los DESC a la luz de la variable de género conduce a sostener que la pobreza se ha feminizado y que las políticas de ajuste han colocado en los hombros de aquellas de quienes menos se ha ocupado la sociedad, la responsabilidad de encontrar alternativas que hagan menos miserable la miseria.

La posición de la mujer en las sociedades más tradicionales y sesgadas desde la óptica del género es de gran dependencia respecto del miembro masculino de la familia, padre, esposo, hermano. Su situación legal es inferior y generalmente se verifica una ausencia de derechos a la herencia, al patrimonio, a la tierra que se da la mano con una condición de pobre ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales.

Esta discriminación se apunta también en el origen del tráfico de personas del cual son víctimas muchas mujeres. La discriminación en materia de educación, empleo y remuneración, las deja con escasas posibilidades de sustentarse a sí mismas y a sus familias, tornándolas vulnerables frente a las falsas promesas de empleos con paga atractiva que les ofrecen los traficantes. La pobreza y el desempleo constituyen las causas subyacentes de la trata de seres humanos.

En el ámbito interamericano, en 1994, la CIDH decidió establecer una Relatoría Especial sobre los derechos de la mujer y nombró al Comisionado Claudio Grossman a cargo de ella. Cuatro años más tarde se presentaba el Informe de la Condición de la Mujer en las Américas<sup>77</sup>. Se expresa allí que:

Los informes de los Estados dan cuenta de serios problemas de recursos materiales, los que afectan la protección de derechos relativos a la salud, empleo y educación. La Comisión es consciente de los problemas de recursos, pero no ha llegado a convencerse que en el establecimiento de prioridades nacionales y en la asignación de dichos recursos se consideren adecuadamente los derechos de la mujer.

La Comisión ha podido verificar la existencia de valiosos programas educativos que incluyen perspectivas de género, tendientes a superar

---

<sup>77</sup> Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas, OEA/Ser./L/V/II.100 doc.17 (1998).



tradiciones socioculturales que siguen limitando la igualdad de oportunidades para la mujer. La Comisión considera este tipo de programas esenciales para elevar el nivel de conciencia sobre los derechos de la mujer en la región y asegurar su ejercicio.

La Comisión, según las respuestas enviadas por los Estados sobre salud y salud reproductiva, pudo constatar profundas falencias de datos estadísticos, en general por falta de recursos e infraestructura apropiada. La Comisión puede comprobar problemas graves de acceso a información básica, atención médica y social adecuados, como surge de excelentes informes preparados por la Organización Panamericana de la Salud, sobre la violencia y salud, así como estudios emprendidos por el Banco Mundial y por el Banco Interamericano de Desarrollo sobre violencia doméstica y salud. Las organizaciones internacionales mencionadas emprendieron iniciativas y estrategias importantes destinadas a prevenir, disminuir y destacar la violencia contra la mujer.

En el ámbito laboral, la mayor parte de los Estados de la región disponen de normas de distinto rango jurídico que prohíben la discriminación en el trabajo. Sin embargo, existen serias disparidades en los niveles de remuneración entre hombres y mujeres por el mismo trabajo. En algunas situaciones se asimila a la mujer con los menores de edad, lo que de por sí constituye una violación al principio de no-discriminación y de la personalidad jurídica.

Recomendaciones:

(...) 4. Reconociendo el derecho a la salud de la mujer, los Estados deben adoptar medidas para tener la información estadística y los recursos necesarios con el fin de asegurar planes y programas que les permitan el ejercicio pleno de este importante derecho.

Reconociendo la creciente participación de la mujer en el mercado de trabajo y en las economías nacionales, y persistiendo aún diferencias entre los niveles de remuneración que perciben mujeres y hombres por el mismo trabajo, la Comisión insta a los Estados a que adopten medidas adicionales para: corregir las disparidades en los niveles de ingresos entre hombres y mujeres, en quienes posean iguales calificaciones y desempeñen las mismas tareas; asegurar iguales oportunidades de trabajo para mujeres y hombres; revisar la legislación y los recursos judiciales para asegurar que las funciones

reproductivas de la mujer no se transformen en una causa para discriminar al contratar, ubicar, promover o despedir a la mujer; prevenir, sancionar y erradicar el acoso sexual en los lugares de trabajo.

### **Los DESC y la diversidad cultural y étnica**

Cualquier segmento de la población que se encuentre en situación menos favorable resulta más afectado que otro por las políticas económicas, sociales y culturales. En este orden de ideas, realizar el respeto de la diversidad étnica y cultural no es un dato adquirido en la práctica internacional. De allí a concluir que ello es difícil de darse en el contexto de los DESC, hay un paso.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial –comúnmente conocido como CERD–, ha opinado en este sentido y ha instado a los Estados partes en la Convención respectiva a reconocer y respetar la cultura distintiva, la historia, la lengua y el modo de vida de los pueblos indígenas como un elemento enriquecedor de la identidad cultural de Estado y a promover su preservación. Ha señalado la necesidad de proveer a estos pueblos de las condiciones necesarias para un desarrollo económico y social sustentable, compatible con sus características culturales así como asegurarles una participación activa en los procesos de debate y de adopción de decisiones que a ellos conciernen, además de volver sobre el tema de las tierras y los recursos naturales<sup>78</sup>.

En su primer informe sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, el relator especial Rodolfo Stavenhagen evocaba que en 1953, la OIT ya había señalado que como regla las poblaciones originarias en los países independientes tenían un nivel de vida peor que el de la más baja de las franjas de poblaciones no aborígenes y que ello coincidía con las conclusiones de un estudio llevado a cabo por el Banco Mundial en 1994. Infería de ello que se trata de una situación cercana a la discriminación y que predispone a otras violaciones de los derechos humanos<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> CERD, General recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples (1997), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev.7* (2004), # 4-5 pp. 215-216.

<sup>79</sup> E/CN.4/2002/97 # 34-36.

El informe incursiona en la discriminación de facto de que son objeto los pueblos indígenas en relación con la práctica de la cultura, la religión o el lenguaje, señalando que cuando el contexto social e institucional es desfavorable a la preservación y el desarrollo de ellas, el derecho es negado aunque no exista una prohibición formal<sup>80</sup>.

Los planes de modernización, como los de desarrollo, conducen a la aculturización de los pueblos indígenas y por esta vía a la violación de sus derechos culturales<sup>81</sup>.

### Grupos vulnerables

En 1994, el Comité se ocupó de las personas con discapacidades<sup>82</sup>. Sostuvo que la ausencia de una disposición relativa a las personas con discapacidad en el contexto del PIDESC respondía a parámetros de tiempo –comprobables en tratados posteriores como la Convención sobre los Derechos del Niño o el Protocolo de San Salvador en el ámbito Interamericano–, pero que resultaba compensada por los instrumentos adoptados por la comunidad internacional en la materia: el Programa de Acción Mundial para los Impedidos de 1982<sup>83</sup>, las Directrices de Tallinn para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos de 1990<sup>84</sup>, los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de 1991<sup>85</sup>, las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de 1993<sup>86</sup>.

La referencia a personas con discapacidades en lugar de personas discapacitadas supone un cambio de enfoque, de lo asistencial al enfoque de los derechos. Básicamente, se fomentan las medidas de

---

<sup>80</sup> E/CN.4/2002/97 # 63.

<sup>81</sup> E/CN.4/2002/97 # 67.

<sup>82</sup> CESCR, General Comment N°5 (1994), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev.7* (2004), p. 25.

<sup>83</sup> A/RES/37/52 de 3 de diciembre de 1982.

<sup>84</sup> A/RES/44/70 de 15 de marzo de 1990.

<sup>85</sup> A/RES/46/119 de 17 de diciembre de 1991.

<sup>86</sup> A/RES/48/96 de 20 de diciembre de 1993.

acción afirmativa y la obligación general a cargo de los Estados es la de adoptar medidas tendientes a una sociedad inclusiva. Las medidas no deben reducirse al sector público sino que culturalmente el Estado debe educar al sector privado.

En relación con las personas mayores, el Comité se pronunció en 1995<sup>87</sup>. Ya cuatro años antes, la Asamblea General había dedicado un documento de carácter predominantemente programático a los Principios de las Naciones Unidas para las Personas Mayores que refería sucesivamente a independencia –que incluye acceso a alimentación adecuada, agua, techo, vestimenta y atención de la salud–, y a participación, esto es, su derecho a tomar parte de los procesos de decisión que los conciernen, atención, auto-realización y dignidad.

Al igual que en el caso de las personas con discapacidad, las personas mayores no cuentan con una disposición específica del PIDESC que los refiera, aunque la norma del artículo 9 relativa a los beneficios de la seguridad social parece contenerlos. En todo caso se trata de un grupo tan heterogéneo como el de los primeros.

### **La participación de la sociedad y los DESC**

En ocasión de considerar la situación de los derechos humanos de los habitantes del interior del Ecuador afectados por las actividades de desarrollo<sup>88</sup>, la CIDH tuvo ocasión de exponer sus puntos de vista sobre la relación entre el derecho a la información protegido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la participación política protegido en el artículo 23 y la adopción de decisiones sobre programas de desarrollo que pueden afectar adversamente el derecho a la salud de un pueblo. Sostuvo así que:

para lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen una amenaza para la salud humana, es imperativo que la población tenga acceso a la información, participe en los

---

<sup>87</sup> CESCR, General Comment N° 6 (1995), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev.7* (2004), p. 35.

<sup>88</sup> Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador, OEA/Ser.L/V/II. 96 doc. 10 rev. 1 (1997), capítulo VIII.

procesos pertinentes de toma de decisiones y cuenta con recursos judiciales.

El acceso a la información es un prerequisite para la participación pública en la toma de decisiones y para que los individuos puedan seguir de cerca y responder a las acciones del sector público y el privado. Las personas tienen derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, de conformidad con lo que prescribe el artículo 13 de la Convención Americana. Las leyes nacionales disponen que las partes que soliciten autorización para llevar a cabo proyectos que puedan afectar el medio ambiente deben realizar, como condición previa, evaluaciones de las repercusiones ambientales y suministrar otra información específica. No obstante, las personas que residen en los sectores afectados han indicado que carecen de la información más básica sobre las actividades de explotación que se están realizando localmente y sobre los riesgos potenciales para su salud. El Gobierno deberá tomar medidas para que las personas que podrían verse afectadas tengan fácil acceso a dicha información, que por ley deberá suministrarse.

La participación pública en la toma de decisiones permite, a quienes tienen en juego sus intereses, expresar su opinión en los procesos que los afectan. La participación del público está vinculada al artículo 23 de la Convención Americana, donde se establece que todos los ciudadanos deben gozar del derecho de “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”, así como al derecho de recibir y difundir información. Conforme a lo que se señala en el Decreto 1802, si bien la acción ecológica requiere la participación de todos los sectores sociales, algunos, como las mujeres, los jóvenes, las minorías y los indígenas, no han podido participar directamente en dichos procesos por diversas razones históricas. Sería menester informar a los individuos afectados y oír su opinión respecto a las decisiones que los afectan.

El derecho de acceder a mecanismos judiciales de desagravio es la garantía fundamental de los derechos a nivel nacional. El artículo 25 de la Convención Americana establece que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...)”. Esto significa

que los individuos deben tener acceso a un proceso judicial para reivindicar el derecho a la vida, a la integridad física y a vivir en un ambiente seguro, todo lo cual está expresamente protegido en la Constitución. Diferentes personas y ONG's han indicado a la Comisión que, por diferentes razones, los recursos judiciales no han demostrado ser un medio disponible o eficaz de desagravio para las poblaciones afectadas por la contaminación ambiental.

Las normas del sistema interamericano de derechos humanos no impiden ni desalientan el desarrollo, pero exigen que el mismo tenga lugar en condiciones tales que se respeten y se garanticen los derechos humanos de los individuos afectados. Tal como se señala en la Declaración de Principios de la Cumbre de las Américas, sólo podrá sustentarse el progreso social y la prosperidad económica si nuestras poblaciones viven en un medio saludable y se gestionan con cuidado y responsabilidad nuestros ecosistemas y recursos naturales.

Como indicó la Comisión al concluir sus observaciones sobre el terreno, es necesario descontaminar para corregir errores que nunca debieron haberse cometido. El Estado y las empresas que se ocupan de la explotación petrolera son responsables de dichas anomalías, y ambas tienen obligación de corregirlas. Es obligación del Estado verificar que, tales anomalías se corrijan.

## **El núcleo duro de DESC: Los derechos comprendidos en el nivel de vida adecuado**

### **El derecho a vivienda adecuada**

El artículo 11 del PIDESC reconoce el “derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Según el Comité, la inadecuación de la vivienda no es sólo una cuestión de los países en desarrollo o un problema que surge de la escasez de recursos sino que se presenta también en los países en desarrollo.

Se trata de un derecho universal, esto es, que no se restringe a quienes carecen de vivienda adecuada. El derecho es de toda persona y su familia y este último concepto merece la más extensiva de las

interpretaciones a los fines que aquí interesan<sup>89</sup>. No se trata de tener un techo donde guarecerse sino del derecho de vivir en seguridad, paz y dignidad. Para ello, debe considerarse que “vivienda adecuada significa (...) privacidad adecuada, espacio adecuado, seguridad adecuada, luz y ventilación adecuadas, infraestructura básica adecuada y ubicación adecuada respecto del trabajo y de los servicios básicos, a un precio razonable”<sup>90</sup>. Como puede apreciarse, “un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse” para emplear los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La adecuación depende indudablemente de una serie de condiciones sociales, económicas, culturales, climáticas, ecológicas y otras. Sin embargo, algunas cuestiones de derecho pueden tenerse en cuenta en todos los contextos: la seguridad jurídica de la tenencia o la protección contra los desalojos forzados, la disponibilidad de servicios e infraestructura, la asequibilidad, la habitabilidad, la accesibilidad, la ubicación y la adecuación cultural.

En este sentido, por ejemplo, al considerar el informe periódico inicial presentado por Brasil, el Comité señaló su preocupación por el hecho de que al menos un 42% de las familias vivían en instalaciones de vivienda inadecuada, sin provisión suficiente de agua, ni desagües adecuados; que el 50% de la población de las principales áreas urbanas vive en comunidades urbanas informales (establecimientos ilegales); que las autoridades no han facilitado el acceso ni la provisión de créditos para vivienda ni subsidios para familias de bajos ingresos, especialmente para los grupos en desventaja o marginalizados<sup>91</sup>.

Se ha dicho que:

por lo que respecta concretamente al derecho a una vivienda adecuada, parecería que los Estados tienen la obligación de adoptar una estrategia nacional de vivienda en que se definan los objetivos para el desarrollo de las condiciones de vivienda, determine los

---

<sup>89</sup> CESCR, General Comment N°4 (1991), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev.7* (2004), # 6 p. 20.

<sup>90</sup> Commission on Human Settlements and the Global Strategy for Shelter, 2000.

<sup>91</sup> CESCR, Conclusions and Recommendations, Brazil, E/C.12/1/Add.87 (2003), # 33-34.

recursos disponibles para alcanzar estos objetivos y la forma más rentable de emplearlos, y en que se expongan las responsabilidades y el plazo para la aplicación de las medidas del caso. De conformidad con la legislación sobre derechos humanos, estas estrategias deberán reflejar consultas extensas y auténticas con todos los sectores sociales, incluidas las personas sin hogar, personas que tengan una vivienda inadecuada, sus representantes y organizaciones, y de la participación de estos grupos<sup>92</sup>.

En torno a la satisfacción de las obligaciones, el Comité entiende que incumbe al Estado parte de la carga respecto de la adopción de todas las medidas necesarias para tratar adecuadamente el problema de las personas sin vivienda o con vivienda inadecuada en su jurisdicción<sup>93</sup>. Los desalojos forzosos son en general incompatibles con los requisitos del Pacto salvo que se demuestren circunstancias extremadamente excepcionales así como compatibilidad con los principios del derecho internacional<sup>94</sup>.

Los desalojos forzosos de que se trata son la remoción permanente o temporaria y contra sus deseos de individuos, familias y/o comunidades de sus hogares o de la tierra que ocupan sin otorgárseles y permitirseles el acceso a formas apropiadas de protección legal u otra. Ello excluye los desalojos coercitivos llevados a cabo de conformidad con el derecho y las disposiciones del PIDESC<sup>95</sup> pero incluye los que se dan en relación con transferencias forzosas de población, desplazamiento interno, reasentamientos forzados en contexto de conflicto armado, éxodos masivos y movimientos de refugiados<sup>96</sup>.

El Comité ha establecido una serie de mecanismos procesales de protección contra el desalojo forzoso que incluyen:

---

<sup>92</sup> Véase *Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a una vivienda adecuada, informe de progreso del Sr. Rajindar Sachar, Relator Especial*, E/CN.4/Sub.2/1993/15, # 52.

<sup>93</sup> CESCR, General Comment N° 4, en *Compilation HRI/GEN/1/Rev.7* (2004), # 13 p. 23.

<sup>94</sup> Ídem, # 18 p. 24.

<sup>95</sup> CESCR, General Comment N°7(1997), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev. 7* (2004), # 3 p. 46-47.

<sup>96</sup> Ídem, # 5 p. 47.



- a) Una oportunidad de genuina consulta con la población afectada.
- b) Notificación adecuada y razonable a todas las personas afectadas antes de la fecha prevista para el desalojo.
- c) Información sobre los desalojos propuestos y, en su caso, sobre el uso a dar al lugar o a la tierra en tiempo razonable a todos los afectados.
- d) Especialmente en los casos de grupos de personas, la presencia de autoridades durante el desalojo.
- e) Identificación adecuada de todas las personas que llevan a cabo el desalojo.
- f) Los desalojos no deben tener lugar con mal tiempo (clima) o de noche a menos que las personas afectadas lo consientan.
- g) Disponibilidad de recursos legales adecuados.
- h) Provisión, cuando sea posible, de asistencia jurídica a las personas que necesitan reclamar ante los tribunales. Los desalojos no deben producir personas sin vivienda<sup>97</sup>.

En cuanto al derecho a una vivienda adecuada, la comunidad internacional en su conjunto parece estar legalmente obligada a ofrecer ciertas garantías, por ejemplo:

- a) abstenerse de aplicar medidas coercitivas para obligar a un Estado a rescindir o violar sus obligaciones en materia del derecho a la vivienda;
- b) brindar ayuda financiera o de otro tipo a los Estados afectados por desastres naturales o artificiales que acarreen, entre otras cosas, la destrucción de hogares y asentamientos;
- c) garantizar el suministro de albergues y/o viviendas a los refugiados internos e internacionales que huyen de la persecución, las luchas civiles, los conflictos armados, las sequías o las hambrunas;
- d) reaccionar ante casos de violaciones flagrantes del derecho a la vivienda por cualquier Estado de la comunidad internacional; y

---

<sup>97</sup> CESCR, General Comment N°7(1997), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev.7(2004)*,# 15-6 p. 49.

e) reafirmar periódicamente con diligencia la importancia del derecho a una vivienda adecuada y posteriormente velar por que cualquier nueva disposición jurídica que se adopte no limite el grado de reconocimiento ya otorgado a este derecho<sup>98</sup>.

En el terreno de las cuestiones prácticas es interesante el aporte del Señor Rajindar Sachar, Relator del tema en la Subcomisión de Derechos Humanos, respecto de los doce mitos en materia de derecho a la vivienda adecuada. Sostiene Sachar que si bien en los últimos años las cuestiones de principio relativas al derecho a la vivienda se han aclarado más y han logrado una mayor aceptación, siguen subsistiendo importantes malentendidos sobre el contenido y las consecuencias del ejercicio de este derecho. Estos mitos son:

- 1) La vivienda social suscita invariablemente desconfianza.
- 2) La riqueza de un país aumenta la posibilidad de acceder a la vivienda propia.
- 3) El derecho a la vivienda es menos fundamental que el derecho de propiedad.
- 4) El sector privado o el mercado garantizarán la vivienda para todos.
- 5) Basta el reconocimiento legislativo de los derechos a la vivienda para garantizar su plena efectividad.
- 6) El derecho a la vivienda no es justiciable.
- 7) La mayoría de las viviendas son construidas por el sector público y el sector comercial privado.
- 8) Es imposible cuantificar la falta de vivienda.
- 9) Los precaristas son delincuentes.
- 10) La vivienda es un problema únicamente en los países en desarrollo.
- 11) El gasto público en la vivienda es suficiente.

---

<sup>98</sup> Véase *Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a una vivienda adecuada, informe de progreso del Sr. Rajindar Sachar, Relator Especial*, E/CN.4/Sub.2/1993/15, # 81.

- 12) El derecho a una vivienda adecuada no guarda relación con otras inquietudes sociales<sup>99</sup>.

### **El derecho a la alimentación adecuada**

Como se ha señalado este derecho queda también comprendido en el derecho a un nivel de vida adecuado. En cuanto a su marco teórico, se ha dicho que el derecho a la alimentación adecuada está indisolublemente vinculado a la dignidad inherente al ser humano y es indispensable para la satisfacción de otros derechos. Se trata de un derecho relacionado con la justicia social que requiere la adopción de medidas apropiadas de política económica, social y medioambiental, nacionales e internacionales, orientadas a la erradicación de la pobreza y a la satisfacción de los derechos humanos<sup>100</sup>.

Se considera que el derecho a la alimentación adecuada se cumple cuando cada persona, sola o en comunidad con otras, tiene acceso físico y económico en todo tiempo a alimentación adecuada o a los medios para procurársela. No se trata de un paquete de alimentos balanceados en proteínas y otros nutrientes sino de algo mucho más amplio y más permanente. El derecho a la alimentación adecuada supone una realización progresiva que, no obstante, no exime al Estado del deber de tomar todas las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre aún en tiempos de crisis<sup>101</sup>.

La adecuación es aquí una noción más compleja que la que se ha visto en relación con la vivienda pues incluye los conceptos de seguridad alimentaria y de sustentabilidad, esto es, que se incorpora la noción de accesibilidad para las generaciones futuras también. En este contexto, el derecho a la alimentación adecuada implica la disponibilidad de comida en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades de la dieta de las personas, sin sustancias nocivas y aceptables en una determinada cultura, y la accesibilidad a

---

<sup>99</sup> Véase *Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a una vivienda adecuada, segundo informe de progreso del Sr. Rajindar Sachar, Relator Especial*, E/CN.4/Sub.2/1994/20, # 17-45.

<sup>100</sup> CESCR, General Comment N°12(1999), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev.7* (2004), # 4 p. 64.

<sup>101</sup> Ídem, # 6 p. 64.

dicha comida de manera sustentable y que no interfiera con el goce de otros derechos humanos<sup>102</sup>.

Las necesidades dietarias deben flexibilizarse de conformidad con las distintas etapas de la vida humana, del género y de la ocupación que se ejerza. La disponibilidad, por su parte, refiere a la posibilidad de alimentarse a partir de la propia tierra productiva tanto como a la existencia de una cadena de distribución adecuada.

El Comité entiende que los Estados contraen las obligaciones de respetar, proteger y realizar en relación con este derecho. En razón de que el derecho a la alimentación adecuada integra el núcleo duro de los DESC, todos los Estados, partes o terceros respecto del PIDESC, son responsables de la realización del derecho a una alimentación adecuada, y para ello deben crear un medio que facilite el ejercicio de esas responsabilidades.

El Pacto se viola cuando un Estado no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido entre la falta de capacidad y la falta de voluntad de un Estado para cumplir sus obligaciones. En el caso de que un Estado Parte aduzca que la limitación de sus recursos le impiden facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que no son capaces de obtenerla por sí mismas, el Estado ha de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Esta obligación dimana del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto en el que se obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga, tal como señaló anteriormente el Comité en el párrafo 10 de su Observación general N° 3. El Estado que aduzca que es incapaz de cumplir esta obligación por razones que están fuera de su control, tiene, por tanto, la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar apoyo internacional para garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos necesarios<sup>103</sup>.

El Comité ha dado espacio a una interpretación interesante, en cuanto extensiva y provocadora, respecto de quienes deben coadyuvar a la realización de este derecho:

---

<sup>102</sup> Ídem, # 7-8 p. 65.

<sup>103</sup> Ídem, # 17 p. 67.

Aunque solamente los Estados son Partes en el Pacto y son, por lo tanto, los responsables últimos del cumplimiento de éste, todos los miembros de la sociedad, a saber, los particulares, las familias, las comunidades locales, las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil y el sector empresarial privado, son responsables de la realización del derecho a una alimentación adecuada. El Estado debería crear un medio que facilitara el ejercicio de esas responsabilidades. El sector empresarial privado, tanto nacional como transnacional, debería actuar en el marco de un código de conducta en el que se tuviera presente el respeto del derecho a una alimentación adecuada, establecido de común acuerdo con el gobierno y la sociedad civil<sup>104</sup>.

En este contexto, como se ha visto, el Comité hace referencia a la necesidad de un código o códigos de conducta establecidos de común acuerdo por el gobierno y la sociedad civil y sugiere directrices para la aplicación a nivel nacional, incluida la adopción de estrategias nacionales, la formulación de políticas y de los indicadores correspondientes y la formulación de una legislación marco nacional.

El Comité avanza con la necesidad de una clara política pública y los principios del buen gobierno (“*good governance*”), esto es, responsabilidad o rendición de cuentas (“*accountability*”), transparencia de gestión, participación democrática, descentralización administrativa, capacidad legislativa e independencia de la magistratura<sup>105</sup>.

La obligación primaria que en materia de derechos humanos consagra el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas –de adoptar medidas en cooperación con la Organización para la realización de los objetivos de la cooperación previstos en el artículo 55– supone aquí que los Estados presten particular atención al derecho de que se trata. En el mismo orden de ideas que se vio respecto de las sanciones económicas, aquí el Comité propone que los alimentos no deben usarse nunca como instrumento de presión política o económica<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Ídem, # 20 p. 67.

<sup>105</sup> Ídem, # 23 p. 68.

<sup>106</sup> Ídem, # 37 p. 70.

En este aspecto se dan también responsabilidades comunes pero diferenciadas cuando se establece que “los Estados tienen la responsabilidad conjunta e individual, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, de cooperar para prestar socorro en casos de desastre y asistencia humanitaria en casos de emergencia, incluida asistencia a refugiados y personas desplazadas internamente. Cada Estado debe contribuir a esta tarea de conformidad con sus capacidades<sup>107</sup>.

En el mismo orden de ideas

las instituciones financieras internacionales, especialmente el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial, deben prestar una mayor atención a la protección del derecho a la alimentación en sus políticas de concesión de préstamos y acuerdos crediticios y en las medidas internacionales para resolver la crisis de la deuda. En todos los programas de ajuste estructural debe procurarse que se garantice la protección del derecho a la alimentación<sup>108</sup>.

La consideración de la situación de los derechos humanos en Cuba ha sido la única ocasión que la Comisión Interamericana ha encontrado para profundizar en el contenido y alcance de algunos de los derechos económicos, sociales y culturales.

En este orden de ideas, al redactar el Séptimo Informe sobre Cuba, en 1983, la CIDH se refirió al derecho a la alimentación:

El artículo XI de la Declaración Americana, al referirse al derecho a la preservación de la salud y el bienestar, menciona de manera específica a la alimentación como uno de los medios fundamentales para conseguir la efectiva vigencia de ese derecho. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...” Esta disposición explícitamente estipula que este derecho incluye la alimentación. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece en su artículo 11, párrafo 1, que toda persona tiene derecho “a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación...” El párrafo 2 del mismo artículo proclama que es un

---

<sup>107</sup> Ídem, # 38 p. 70.

<sup>108</sup> Ídem, # 38 p. 70.

“derecho fundamental de toda persona estar protegida contra el hambre...”

El consumo de alimentos que proporcione una nutrición adecuada es una necesidad humana básica y claramente definida, sin la cual los seres humanos no pueden crecer y desarrollarse física, emocional e intelectualmente. Una nutrición adecuada es esencial para el desarrollo psicomotor infantil y es también necesaria para promover y mejorar el funcionamiento físico mental desde el nacimiento hasta la muerte. La malnutrición, por otra parte, aumenta la susceptibilidad a las enfermedades infecciosas, disminuye la productividad en cualquier tipo de actividad o laboral y limita en general el desarrollo del potencial humano<sup>109</sup>.

### **El acceso al agua**

No cabe duda de que el agua es indispensable para la vida de toda persona, y el agua dulce y el acceso a agua potable han sido en todos los tiempos un factor determinante de la viabilidad y el éxito de las civilizaciones. Con demasiada frecuencia, la medida en que el aprovechamiento de este elemento vital contribuye al bienestar social y a la productividad económica aún no se tiene debidamente en cuenta, a pesar de que gran parte de las actividades sociales y económicas dependen de la disponibilidad de agua potable de buena calidad<sup>110</sup>.

Se trata de reconocer el derecho al agua potable de toda persona que debe tener, sin discriminación, acceso a una cantidad y calidad de agua suficiente para sus necesidades esenciales, suministrada en las mejores condiciones posibles. En todos los casos, los Estados deben supervisar la gestión del agua potable y sus servicios de saneamiento. Los Estados deben asimismo decidir con respecto a la posibilidad de aportar financiación a los servicios de suministro de agua, así como de adoptar medidas específicas para garantizar el

---

<sup>109</sup>La situación de los derechos humanos en Cuba. Séptimo Informe, OEA/Ser./L/V/II. 61 doc. 29 rev. 1 (1983), Capítulo XII, # 1-2.

<sup>110</sup>Véase *Ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento preparado por el Sr. El Hadji Guissé, Relator Especial*, en aplicación de la resolución 1997/18 de la Subcomisión, E/CN. 4/Sub.2/1998/7, # 1.

acceso de todos al agua potable, sobre todo en favor de los más pobres<sup>111</sup>.

### **El núcleo duro de DESC: derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental**

El artículo 12 del PIDESC consagra el derecho a la salud como comprensivo de una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano<sup>112</sup>.

De lo que se trata no es de prevenir enfermedades sino de consagrar libertades –controlar salud y cuerpo, libertad sexual y reproductiva, el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos sin consentimiento– y también derechos, como el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud, concepto que tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. En rigor, se trata de un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada,

---

<sup>111</sup> Véase *Derechos económicos, sociales y culturales. Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento preparado por el Sr. El Hadji Guissé, Relator Especial*, E/CN.4/Sub.2/2002/10, # 33-34. Véase también General Comment N° 15 (2002), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev.7* (2004), p. 106.

<sup>112</sup> CESCR, General Comment N° 14 (2000), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev.7* (2004), # 4 p. 87.



condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional<sup>113</sup>.

Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte<sup>114</sup>.

### **El núcleo duro de DESC: derecho a la educación (enseñanza primaria obligatoria y gratuita)**

El artículo 13 del PIDESC refiere al derecho de toda persona a la educación. Se ha dicho que el derecho a la educación sintetiza la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos<sup>115</sup>.

La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero

---

<sup>113</sup> Ídem, # 11 p. 88.

<sup>114</sup> Ídem, # 32 p. 94.

<sup>115</sup> CESCR, General Comment N° 11 (1999), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev. 7* (2004), # 2 p. 61.

su importancia no es únicamente práctica pues disponer de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana<sup>116</sup>.

Sin perjuicio de las condiciones prevalecientes en cada Estado, se asume que en general la educación debe exhibir las siguientes características:

- a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas necesitan edificios, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, entre otros.
- b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:
  - i) No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos.
  - ii) Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia).
  - iii) Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria,

---

<sup>116</sup> CESCR, General Comment N° 13 (1999), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev. 7* (2004), p. 71.

secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

- c) Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza.
- d) Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados<sup>117</sup>.

En este contexto, el artículo 14 del Pacto dispone que

todo Estado parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.

Es uno de los derechos que mayores adversidades ha sufrido desde la instauración de los programas de ajuste estructural en los 70's, las crisis de la deuda de los 80's y las crisis financieras de los 90's.

Como se señalara, en ocasión de considerar la situación de los derechos humanos en Cuba, en 1983, la CIDH abundó en el derecho a la educación:

---

<sup>117</sup> CESRC, General Comment N°13 (1995), en *Compilation HRI/GEN/1/Rev. 7* (2004), # 6 p. 73.

La Declaración Americana y la Declaración Universal contemplan tres aspectos diferentes de la educación: el acceso, el contenido, y la preferencia. Por su parte, el Pacto Internacional afirma conceptos similares aunque añade el componente de la promoción de la educación para adultos y las becas. El Pacto también otorga a los padres el derecho de promover el desarrollo moral de sus hijos, y dispone que para que pueda ejercerse la preferencia educacional debe existir la posibilidad de crear escuelas alternativas, independientes de las creadas por las autoridades públicas<sup>118</sup>.

### **Los obstáculos políticos para la realización de los DESC**

Es sabido que el derecho es sólo la pauta de convivencia mutuamente convenida o generalmente consensuada. Su poder es grande cuando percibe adecuadamente la realidad a la que se aplica y es capaz de regular eficazmente las relaciones que en ella se dan a la luz de determinados objetivos. Su poder no es, pues, mágico.

Parece claro que la realización de los DESC depende de un orden normativo adecuado, de una decisión política positiva en ese sentido pero también de una clara determinación por considerar y modificar cuestiones estructurales y coyunturales cuya persistencia de algún modo obstaculiza la vigencia de los DESC y, por ende, de los derechos humanos.

Hace poco más de una década, en su informe final a la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la realización de los DESC, Danilo Türk calificaba como barreras y al mismo tiempo como desafíos al ajuste estructural, la deuda, la división del ingreso, las erradas concepciones del desarrollo, la falta de voluntad política, los desastres ecológicos y la falta de una visión coherente e integrada de los derechos humanos<sup>119</sup>.

En su informe final sobre los derechos humanos y la extrema pobreza, el Relator Especial de la Subcomisión aportó algunos criterios para una definición jurídica del fenómeno. Sostuvo así que:

---

<sup>118</sup>La situación de los derechos humanos en Cuba. Séptimo Informe, OEA/Ser./L/V/II.61 doc. 29 rev. 1 (1983), Capítulo XIV, # 4.

<sup>119</sup>Véase *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights*. Final Report submitted by Mr. Danilo Türk, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1992/16, # 38-138.

no se trata de la negación de un derecho en particular, ni de una cierta categoría de derechos, sino del conjunto de los derechos humanos. (...) La miseria constituye no sólo un atentado contra los derechos económicos y sociales (...) sino, también y en igual medida, contra los derechos civiles, políticos y culturales, además de constituir una afrenta al derecho al desarrollo. De esta manera, la extrema pobreza es un hecho particularmente revelador de la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos. (...) Se trata de un proceso acumulativo de precariedades que se encadenan y refuerzan mutuamente: malas condiciones de vida, hábitat insalubre, desempleo, mala salud, carencia de educación, marginalización, etc. Cabe, por consiguiente, hablar de un verdadero “círculo vicioso horizontal” de la miseria, según las propias palabras de los interesados (...) Desde una perspectiva jurídica la cuestión de fondo no es el problema del “reconocimiento”, sino del “ejercicio” real y efectivo, por parte de las personas extremadamente pobres, del conjunto de los derechos humanos y las libertades fundamentales<sup>120</sup>.

En 2001, el CESCR adoptó una Declaración sobre la Pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que sin ambages califica a la pobreza como una negación de derechos humanos y propone atacar el fenómeno desde los derechos humanos para reforzar las estrategias contra la pobreza y consolidar la política de eliminación de la exclusión social<sup>121</sup>. El Comité supera el concepto de pobreza que apunta a la insuficiencia de ingresos para adquirir una cesta mínima de bienes y servicios para señalar que se trata de:

la falta de la capacidad básica para vivir con dignidad. Esta definición reconoce algunas características más generales de la pobreza, como el hambre, una educación deficiente, la discriminación, la vulnerabilidad y la exclusión social<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup>Véase *La realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe final sobre los derechos humanos y la extrema pobreza presentado por el Relator Especial, Señor Leandro Despouy*, E/CN.4/Sub.2/1996/13, # 176-178

<sup>121</sup>E/C.12/2001/10.

<sup>122</sup>Según el capítulo II, titulado “Erradicación de la pobreza”, del Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (1995): “La pobreza tiene diversas manifestaciones: falta de ingresos y de recursos productivos suficientes para garantizar medios de vida sostenibles, hambre y malnutrición, mala salud, falta de acceso o acceso limitado a la educación y a otros servicios

En el mismo orden de ideas, expresa que a tenor de la Carta Internacional de Derechos Humanos, la pobreza puede definirse como una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Aunque reconoce que no hay ninguna definición universalmente aceptada, el Comité apoya este concepto multi-dimensional de la pobreza, que refleja la naturaleza individual e interdependiente de todos los derechos humanos<sup>123</sup>.

En la práctica de la CIDH y en algunas piezas de jurisprudencia de la Corte Interamericana se encuentran vínculos claros entre las nociones de extrema pobreza y de vida digna. Así, al considerar la situación de los niños de la calle en Guatemala, dos jueces de la Corte entendieron que “La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”<sup>124</sup>.

Coherente con ello, la Comisión entendió que:

la pobreza extrema constituye una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales. Los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a no ser ejecutado arbitrariamente, del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal, de los derechos relacionados con el sistema de democracia representativa y de los demás derechos civiles y políticos. Además de destinar

---

básicos, aumento de la morbilidad y la mortalidad a causa de enfermedades, carencia de vivienda o vivienda inadecuada, medios que no ofrecen condiciones de seguridad, y discriminación y exclusión sociales. También se caracteriza por la falta de participación en la adopción de decisiones en la vida civil, social y cultural” (párr. 19).

<sup>123</sup>E/C.12/2001/10 # 7-8.

<sup>124</sup>Corte IDH, Caso Villagrán Morales y Otro (Caso Los Niños de la Calle), sentencia de 19 de noviembre de 1999, voto concurrente de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burrelli, # 4.

recursos públicos por un monto suficiente para los derechos sociales y económicos, los Estados deben velar por el uso apropiado de tales recursos. La experiencia demuestra que la pobreza extrema puede afectar seriamente la institucionalidad democrática, pues constituye una desnaturalización de la democracia y hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo, en general, de los derechos humanos<sup>125</sup>.

### Un sistema internacional de protección

En 1996, el CDESCR presentó un proyecto de protocolo facultativo al PIDESC estableciendo un sistema internacional de peticiones individuales respecto de los DESC<sup>126</sup>, siguiendo la directiva de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos<sup>127</sup>. El tema fue sometido a escrutinio de la comunidad internacional por la Comisión de Derechos Humanos que hasta el año 2000 estuvo recibiendo comentarios varios<sup>128</sup>. Ese mismo año, la Comisión adoptó la resolución 2000/9 en la que, entre otras cosas, se insta a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a enriquecer su tarea en materia de DESC.

En el 2004 se planteó el establecimiento del Grupo de trabajo de composición abierta para debatir este tema.

Toda vez que existe consenso en cuanto a que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes y que no existe jerarquía entre ellos, la idea de que el mecanismo de control de los DESC comprenda un mecanismo de petición individual de la naturaleza del previsto en el Protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es coherente.

Ello coadyuva a la idea de que no todos los DESC son programáticos, aun cuando no se desconozcan las dificultades

---

<sup>125</sup>Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser.L/VII.110 doc. 52 (2001), Capítulo V, # 17.

<sup>126</sup>E/CN.4/1997/105, anexo.

<sup>127</sup>A/CONF.157/23 #75: "La Conferencia Mundial de Derechos Humanos alienta a la Comisión de Derechos Humanos a que, en colaboración con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, siga examinando protocolos facultativos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales".

<sup>128</sup>E/CN. 4/1998/84 y Add.1, E/CN. 4/1999/112 y Add. 1 y E/CN. 4/2000/49.

particulares que involucra su realización. Ello justamente, aconseja la instauración de un mecanismo de peticiones de carácter progresivo como el establecido en contextos regionales –el Protocolo de San Salvador prevé el derecho de petición respecto de los artículos protegidos en los artículos 8 y 13–.

### **El seguimiento al Protocolo de San Salvador**

Al 31 de diciembre de 2003, el Protocolo se encuentra en vigor respecto de los siguientes Estados miembros de la O.E.A.: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay.

El artículo 19, párrafo 1, dispone que: “1. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a presentar, de conformidad con lo dispuesto por este artículo y por las correspondientes normas que al efecto deberá elaborar la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo”.

Luego de depositar su instrumento de ratificación del Protocolo de San Salvador, la Argentina presentó un proyecto para que la cuestión del seguimiento del Protocolo fuera considerada. Así, en la Asamblea General celebrada en Quito, la resolución AG 2030 (XXXIV-O04) sobre “Fortalecimiento de los sistemas de derechos humanos en seguimiento del Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas”, en su párrafo 4.g) dispone:

Encomendar al Consejo Permanente que a fin de complementar (...) proponga las normas para la confección de los informes periódicos de las medidas progresivas que hayan adoptado los Estados parte del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, conforme a lo previsto en el artículo 19 de dicho instrumento jurídico, en consulta con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y teniendo en cuenta los aportes del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Con base en la decisión del órgano plenario se ha presentado un documento de trabajo que luego de varias consideraciones



preliminares y de señalar la inconducencia de reiterar en el ámbito regional informes con estructura similar a la que rige respecto del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, propone un enfoque distinto y para ello se vale del *know how* desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y que aquí reproduzco parcialmente.

Según esto, parece necesario constatar que existe un cúmulo de circunstancias que son comunes a los Estados partes y, en general, a los demás Estados miembros de la O.E.A. pero también que debe tenerse en cuenta la serie de cuestiones que marca la diferencia entre ellos.

Se trata de países con democracias restablecidas en los últimos 15/20 años, con instituciones cuyo funcionamiento plenamente eficaz es todavía una meta, con sociedad civil activa, con herencia de violaciones masivas de derechos humanos, con economías que pelean por la estabilidad con equidad, con esquemas de servicios sociales incompletos, entre otros rasgos.

Pero también se trata de países con diferentes grados de desarrollo humano donde la esperanza de vida al nacer va de 76,9 a 49,1, donde la población adulta alfabetizada va de 97,6 a 50,8, por ejemplo.

Estas diferencias colocan a los Estados partes en el Protocolo de San Salvador en distintas posiciones de partida; esto es, que la progresividad en la garantía de los derechos deberá medirse en función de esa base. En este sentido, lo interesante sería poder saber cuál es la plataforma mínima en relación con uno o más de los derechos protegidos en el Protocolo y cómo se avanza desde allí hacia la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. En una palabra, se trata de tener instrumentos que permitan adoptar mejores decisiones y que, al final de cuentas, propicien la adopción de medidas positivas por parte de los Estados.

Con base en esta óptica, podría pensarse que los informes previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador podrían responder a lo que se denomina “indicadores de progreso”, técnica en la que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha sido pionero en el área y a cuyos fundamentos se hace remisión.

Un enfoque de progreso pretende determinar en qué medida los esfuerzos de la sociedad civil, del Estado y de la comunidad

internacional están consiguiendo el objetivo común de lograr el imperio de la democracia y del estado de derecho. Este objetivo común debe ser entendido como un punto de equilibrio entre los estándares recogidos en los instrumentos internacionales, las normas adoptadas por los Estados y sus prácticas políticas e institucionales, y las aspiraciones de la gente expresadas por el movimiento civil a favor de los derechos humanos y la democracia.

Para salvar las distancias entre el carácter general y abstracto de las normas y la naturaleza particular y concreta de las prácticas, y compararlas con fines de medición, nos hemos propuesto utilizar un sistema de indicadores –o indicios mensurables– que permitan establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. Para averiguar si estas distancias se están o no acortando, se aplica el sistema a momentos distintos bajo condiciones equivalentes. El resultado será una medida del progreso que se está logrando y una evidencia de las tendencias que están presentes en ese proceso

Este enfoque de progreso no reemplaza la vigilancia, denuncia y defensa frente a las violaciones, ni pretende ocultar los rezagos en el logro de las metas deseables. Su novedad reside en el potencial que tiene para comprender las temáticas de los derechos humanos como procesos y no únicamente como situaciones; para identificar las carencias y las oportunidades a modo de superarlas en el mediano y largo plazo; y para establecer prioridades y estrategias de trabajo compartidas y complementarias entre los diversos actores en el escenario.

Ahora bien, el progreso en derechos humanos se puede medir a partir de considerar que los instrumentos internacionales, adoptados en el complejo equilibrio del orden global, expresan el desarrollo progresivo de los estándares de la justicia y la democracia. Frente a este parámetro se pueden comparar, por una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y por otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de la gente, convertidas en objetivos políticos y expresadas en las plataformas de sus movimientos y organizaciones.

A modo de ejemplo –y, por qué no, como una propuesta– cabe recordar que en los últimos años, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha adoptado una estrategia de promoción activa

de los derechos humanos basada en la focalización de sus esfuerzos sobre tres campos temáticos: acceso a la justicia, participación política y educación en derechos humanos. La estrategia tiene en cuenta tres perspectivas transversales: equidad de género, reconocimiento de la diversidad étnica e interacción sociedad civil-Estado, mediante la coordinación de acciones a nivel de país. La implantación de esta estrategia se apoya –entre otros elementos– en la aplicación de un sistema de indicadores de progreso en derechos humanos en los campos temáticos antes indicados, y en la exploración de mecanismos de monitoreo permanente de los mismos.

La construcción del sistema estuvo sujeta a un proceso de ampliación y selección sucesiva de los campos, las variables y los indicadores, en la búsqueda de un conjunto de elementos que den cuenta, mediante indicios, de los cambios más significativos en cada temática.

Un sistema de indicadores de progreso para los informes relativos a los derechos económicos, sociales y culturales protegidos en el Protocolo de San Salvador sería un aporte del continente a la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Fomentaría también la cooperación horizontal y reuniría a los Estados a intercambiar experiencias para mejorar la calidad del goce y ejercicio de los derechos garantizados.

Su implementación contaría con la asistencia experta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en esta materia.

El 7 de junio de 2005, durante la trigésimo-quinta sesión de la Asamblea General, celebrada en Fort Lauderdale, Estados Unidos, se aprobó la resolución AG/RES 2074(XXXV-O/05) intitulada “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador”, que se transcriben:

1. Los Estados partes en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, se comprometen a presentar informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo protocolo.
2. El primer informe se presentará en el plazo de un año a partir de la vigencia de este documento para los Estados que sean Partes en el

Protocolo a esa fecha y en el plazo de un año desde la entrada en vigor del Protocolo para los que lo ratifiquen o adhieran a él con posterioridad. Los informes subsiguientes se presentarán cada tres años.

3. Los informes se presentarán al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, quién los transmitirá al Consejo Interamericano de Desarrollo Integral (CIDI), a fin de que los examine.

4. El Secretario General enviará copia de esos informes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Asimismo, la CIDH podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el Protocolo de San Salvador en todos o en algunos de los Estados partes, las que podrá incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado.

5. La presentación de los informes se regirá por el principio de progresividad y por un sistema de indicadores de progreso.

5.1. A los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural.

5.2. Un sistema de indicadores de progreso permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. El progreso en derechos económicos, sociales y culturales se puede medir a partir de considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil.

5.3. Los informes versarán sobre los distintos derechos protegidos en el Protocolo de San Salvador, a saber:

a) derechos protegidos en los artículos 6 y 7, derecho al trabajo y condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo y en el artículo 9, derecho a la seguridad social.

- b) derechos protegidos en el artículo 8, derechos sindicales.
- c) derechos protegidos en el artículo 10, derecho a la salud.
- d) derechos protegidos en el artículo 11, derecho a un medioambiente sano.
- e) derechos protegidos en el artículo 12, derecho a la alimentación.
- f) derechos protegidos en los artículos 13 y 14, derecho a la educación y derecho a los beneficios de la cultura.

6. En todos los casos, la información relacionada con cada uno de los derechos protegidos debe considerar los siguientes enfoques: equidad de género, grupos especiales de personas –niños, adultos mayores, personas con discapacidades–, diversidad étnica y cultural –en particular pueblos indígenas y afrodescendientes–, y la incidencia de la sociedad civil en la formulación de avances legislativos y políticas públicas.

7. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos propondrá, teniendo en cuenta los aportes del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, los indicadores de progreso a ser empleados para cada agrupamiento de derechos protegidos sobre los que deba presentarse informe.

8. Cada Estado Parte podrá elaborar su informe de progreso en consulta con las organizaciones de la sociedad civil nacional.

9. Los informes presentados por los Estados Parte del Protocolo serán analizados por un Grupo de Trabajo, que funcionará dentro de la órbita del CIDI. Este Grupo emitirá las recomendaciones de carácter general que al respecto se estimen pertinentes. El Grupo de Trabajo elaborará su propio reglamento y la Secretaría General le prestará asistencia para el buen desempeño de sus labores.

10. Dentro de los sesenta días de la recepción de cada uno de los informes, se iniciará el proceso de análisis de los mismos con la participación de la opinión de todos los órganos u organismos del Sistema Interamericano a que hace referencia el artículo 19 del Protocolo de San Salvador. Los informes escritos del CIDI, de la CIDH y restantes órganos y organismos serán remitidos al Grupo de Trabajo encargado de analizar los informes con la suficiente antelación a efectos de que los considere en su tarea. Asimismo, los miembros del Grupo de Trabajo podrán tener en cuenta toda otra información que consideren pertinente respecto de los indicadores empleados.

11. En su evaluación, el Grupo de Trabajo tendrá en cuenta que las medidas regresivas, en principio, son incompatibles con la vigencia plena del Protocolo y que la progresividad como característica de las obligaciones asumidas por el Estado Parte requiere una actitud positiva de avanzar hacia el fin propuesto y no una mera inacción.

12. El Grupo de Trabajo presentará sus conclusiones preliminares a cada Estado Parte, referidas al informe nacional presentado oportunamente. Cada Estado Parte podrá efectuar comentarios adicionales a dichas conclusiones preliminares dentro del término de 60 días corridos desde recibidas, para análisis por parte del Grupo de Trabajo.

13. El Grupo de Trabajo adoptará por consenso las conclusiones finales respecto de los informes objeto de análisis. Ellas se notificarán al Estado Parte a través de una comunicación escrita y en una reunión con el Representante Permanente acreditado ante la Organización de Estados Americanos.

Anualmente, el Grupo de Trabajo elevará un informe al CIDI, para su presentación a la Asamblea General de la Organización.

### **A modo de conclusión**

Una práctica institucional sostenida, un apreciable número de tratados internacionales y de resoluciones de organismos internacionales así como la constatación de la realidad circundante conducen a sostener que la noción de derechos humanos no puede sino comprender derechos económicos, sociales y culturales ya que ellos contribuyen sustancialmente al desarrollo de las capacidades de la personalidad humana y construyen la dignidad.

Existen obligaciones positivas para los Estados en materia de DESC cuya exigibilidad es inmediata sin perjuicio de respetar la progresividad del logro del pleno ejercicio de cada uno de los derechos protegidos.

Asimismo, con o sin recursos, las políticas públicas deben contemplar las formas de asegurar un mínimo de DESC, un núcleo duro que debe garantizarse en tiempos de crisis y a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado. Otros actores sociales deben coadyuvar con el Estado en la implementación de estas políticas.

El Estado somos nosotros, desde la posición de autoridad estatal, desde aquella de representante de la sociedad civil organizada, como

---

educador, como ciudadano común, todos tenemos la obligación de encauzar la acción hacia el logro de nuestros DESC. Así la dignidad es más plena y la democracia tiene más sentido.

# **Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales**

*Manuel E. Ventura Robles\**

## **Introducción:**

### **Los derechos económicos, sociales y culturales**

Ha sido para mí de gran interés preparar esta charla para el XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos sobre la *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, porque me ha permitido revisar el proceso histórico de exclusión, primero, y de inclusión, posteriormente, de los citados derechos en los instrumentos de protección del sistema interamericano de derechos humanos, como consecuencia de una concepción de los mismos que ha limitado, hasta el momento, su desarrollo y protección jurisdiccional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para abordar este tema es necesario hacer mención de algunos de los antecedentes históricos que llevaron, después de muchas décadas, al reconocimiento internacional de estos derechos. Al respecto, cabe recordar que los derechos económicos, sociales y culturales recibieron un reconocimiento posterior a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, emitida en 1798, la cual se refería claramente a lo que hoy en día llamamos derechos civiles y políticos. En junio de 1793 se emite la Declaración de Derechos Jacobina, en la que hay indicios de los derechos económicos,

---

\* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El autor desea expresar su sincero agradecimiento al Lic. Arturo Monge Corrales y a la estudiante de Derecho Irene Atmetlla Kopper, funcionarios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su valiosa colaboración en la investigación realizada para producir este trabajo.



sociales y culturales al enunciarse que, el propósito de la sociedades es la felicidad general, según la cual eran una obligación sagrada: el trabajo, la ayuda económica a los más pobres, el derecho a la pensión de los soldados y familiares de fallecidos, entre otros.

En el desarrollo histórico de las constituciones políticas notamos como los derechos civiles y políticos se vieron reconocidos en casi todas ellas durante el siglo XIX y no fue, sino posteriormente, que se manifiestan en esos textos los derechos económicos, sociales y culturales. Estos aparecieron, luego de la revolución mexicana, en la Constitución de 1917 de la revolución socialista rusa y del movimiento constitucional posterior a la primera Guerra Mundial.

Más adelante, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1966 los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, a saber: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este sentido, consideramos que si bien con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se da un reconocimiento internacional por parte de las Naciones Unidas de estos derechos, la elaboración de dos instrumentos que trataran separadamente las dos categorías consagró una división artificial entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

En contraposición con los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales tienen la característica de que generalmente su cumplimiento conlleva el deber esencial del Estado de proporcionar los mecanismos necesarios para satisfacer las necesidades de carácter social, económico y cultural de los ciudadanos, mientras que, en los primeros, el Estado está obligado a abstenerse de violarlos, mediante cualquier tipo de acción u omisión.

La obligación del Estado respecto de los derechos civiles y políticos es, en lo esencial y estricto, la de no violarlos, no lesionarlos mediante acción u omisión, en su caso, por parte de un órgano o agente gubernamental o administrativo. Todo ello sin perjuicio del deber genérico de establecer y garantizar la existencia y ejercicio de estos derechos. El titular de estos derechos es el ser humano, en el caso de los derechos civiles y, en general, aunque no siempre ni necesariamente, el ciudadano en el caso de los políticos, considerando al hombre y al ciudadano, no como

abstracciones autónomas aisladas, sino como entidades que actúan necesariamente en el complejo de la vida socio-política<sup>1</sup>.

En cambio, con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene esencial, aunque no exclusivamente, una obligación por hacer: la obligación de brindar los medios materiales para que los servicios de asistencia económica, social, sanitaria, cultural, etc., provean los medios y elementos necesarios para satisfacerlos. La obligación del Estado radica en el deber de dedicar, dentro de sus posibilidades económicas y financieras, los recursos necesarios para la satisfacción de estos derechos económicos, sociales y culturales.

Recordemos que estos derechos responden a los valores de igualdad y solidaridad en donde asume gran importancia el principio de no discriminación. En relación con esto Norberto Bobbio señala que “la razón de ser de los derechos sociales como la educación, el derecho al trabajo y el derecho a la salud, es una razón igualitaria. Los tres tienden a hacer menos grande la desigualdad entre quienes tienen y quienes no tienen, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento o condición social”<sup>2</sup>.

Remontándonos a los orígenes de cada derecho hemos señalado que los derechos civiles y políticos nacen como producto de las tesis liberales clásicas, en las que resalta la posibilidad de proteger la libertad e intimidad del individuo frente al ejercicio arbitrario del poder por parte del Estado. Por su parte, los derechos económicos, sociales y culturales nacen como una expresa influencia socialista, según la cual, el poder estatal debe ser utilizado en forma dinámica para la satisfacción de necesidades económicas, sociales y culturales básicas de los hombres y las mujeres. Los derechos económicos, sociales y culturales se ejercen generalmente exigiendo prestaciones positivas del Estado, dentro del límite de sus posibilidades y recursos, para crear las condiciones que lleven a su cumplimiento efectivo.

---

<sup>1</sup> Gros Espiell, Héctor, *Derechos Humanos*. Instituto Peruano de Derechos Humanos, Cultural Cuzco, Perú, Primera Edición, 1991, pág. 51.

<sup>2</sup> Bobbio, Norberto, *Derecha e Izquierda*, Santillana, S.A. Taurus, Cuarta Edición, España, 1995, pág. 151.

En consecuencia, debemos entender al Estado como promotor, protector y guía del cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que ello implique que sea el encargado directo de proveer y suministrar todas las decisiones y recursos para el cumplimiento de estos derechos. Para la realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales es necesaria la interacción de todos los actores de la sociedad, es decir: el Estado, el Gobierno, la comunidad internacional, la sociedad civil, etc.

Para la consideración de los derechos económicos, sociales y culturales es muy importante el concepto de “nivel de vida”, el cual es el común denominador de estos derechos, ya que es precisamente al medir el nivel de vida de los habitantes de un país que se obtiene como resultado el nivel de desarrollo o subdesarrollo, en su defecto, de éste. Tradicionalmente, los indicadores socioeconómicos para evaluar el nivel de vida son: salud, alimentación, educación, condiciones de trabajo, situación ocupacional, vivienda, descanso, esparcimiento y seguridad social, entre otros<sup>3</sup>, los cuales a su vez se constituyen en derechos económicos, sociales y culturales.

Históricamente, América Latina se ha caracterizado por poseer una economía menos desarrollada de la que tienen las naciones más industrializadas, como lo son las de Europa y propiamente en el continente americano, los Estados Unidos y el Canadá. Es así como, por ejemplo, los países desarrollados de Europa se vincularon obligatoriamente en el respeto de este tipo de derechos mediante la Carta Social Europea (adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961 y que entró en vigencia el 26 de febrero de 1965); en cambio, en el sistema interamericano, no fue sino hasta finales de 1999 que entró el vigor el Protocolo de San Salvador.

La Convención Americana de Derechos Humanos (firmada el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica, y que entró en vigencia el 18 de julio de 1978), contiene únicamente preceptos de carácter general, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, señalados solamente en su Artículo 26 (Desarrollo Progresivo).

Si bien a los derechos económicos, sociales y culturales se les reconoce la calidad de derechos del hombre, los mismos en la

---

<sup>3</sup> United Nations, *International definition and measurement of levels of living. An Interim Guide*. N°E/CN. 3/270/Rev. 1 New York 1961, págs. 2 y siguientes.

práctica no están concebidos como tales, a diferencia de los derechos civiles y políticos, los cuales aparte de ser reconocidos universalmente se encuentran dotados de un estatuto jurídico que los garantiza. Cabe anotar la diferencia entre los conceptos “reconocimiento” y “garantía” de los derechos, ya que el primero no implica la circunstancia de completa realización en la realidad, lo que sucede con los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales no se encuentran debidamente garantizados.

En el presente trabajo, después de esta breve introducción, analizaremos los antecedentes del tema en cuestión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, destacando lo pertinente de los tres proyectos de Convención Americana, que incluían la numeración y mecanismos de protección y control de los derechos económicos, sociales y culturales.

### **Antecedentes en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos**

El primer indicio de una clara voluntad estatal hacia la protección internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano se dio en la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en la Ciudad de México en el año 1945.

Por medio de su Resolución XL se encomendó al Comité Jurídico Interamericano redactar un “anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre” para ser considerado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (de ahora en adelante “el Consejo” o el “Consejo Interamericano”). La Conferencia Internacional de Jurisconsultos nunca se llevó a cabo y, por ende, este proyecto, ya preparado por el Comité Jurídico, fue sometido a la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, en la cual, mediante Resolución XXX fue aprobada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Conferencia de Bogotá adoptó además la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, la cual constituye, según el autor Héctor Gros Espiell, un complemento conceptual y un perfeccionamiento normativo de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en lo que respecta a los derechos sociales<sup>4</sup>.

Esta Conferencia dispuso además, mediante su Resolución XXI, que el Comité Jurídico se dedicara a la elaboración de un Estatuto para la creación de una Corte Interamericana para Proteger los Derechos Humanos.

En su respuesta, el Comité dio a entender la necesidad de elaborar previamente un proyecto de Convención de Derechos Humanos, expresando que: “la falta de derecho positivo sobre la materia constituye un grave obstáculo en la elaboración del Estatuto”<sup>5</sup>.

Fue en 1953, en la Segunda Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos<sup>6</sup>, en Buenos Aires, Argentina, cuando se aprobó dicha propuesta de elaborar una convención, es decir, de plasmar el derecho positivo sustantivo de los derechos humanos en un instrumento internacional, de acatamiento obligatorio para los Estados que lo firmaran y ratificaran.

Fue hasta 1959 en Santiago de Chile, cuando la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, mediante su Resolución VIII, le encomendó específicamente al Consejo, la elaboración de uno o varios proyectos de convención sobre la creación de una Corte Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos necesarios para la eficaz tutela y observancia de los mismos.

Asimismo, en la Cuarta Reunión del Consejo, también en 1959, mediante su Resolución XX de 8 de septiembre de ese año, se aprobó un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos que comprendía tanto la parte necesariamente sustantiva, como otra

---

<sup>4</sup> Gros Espiell, Héctor, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*, Asociación Libro Libre, San José, Costa Rica, 1986, pág. 60-61.

<sup>5</sup> Organización de los Estados Americanos, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1968, pág. 64.

<sup>6</sup> El Consejo Interamericano de Jurisconsultos, el cual fue creado por la Carta de la Organización de los Estados Americanos, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en la ciudad de Bogotá, Colombia el 30 de abril de 1948, tenía como finalidad servir de cuerpo consultivo en asuntos jurídicos; promover el desarrollo y la codificación del derecho internacional público y del derecho internacional privado, y estudiar la posibilidad de uniformar las legislaciones de los diferentes países. En el “Protocolo de Buenos Aires” de Reformas a la Carta de la OEA, adoptado en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, el cual entró en vigor en febrero de 1970, se elimina el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, delegando sus funciones en el Comité Jurídico Interamericano.

innovadora parte institucional y procesal, incluyéndose la creación y funcionamiento de una Corte y una Comisión Interamericanas de Derechos Humanos.

### **Proyectos de Convención Americana sobre Derechos Humanos**

A continuación se presenta una breve descripción de los distintos proyectos de Convención Americana que formaron parte del proceso de elaboración de la misma, así como el distinto tratamiento que éstos daban a los derechos económicos, sociales y culturales y sus posibles mecanismos de protección. Por último, veremos algunas de las razones que llevaron a la aprobación final del proyecto presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “La Comisión” o la “Comisión Interamericana”), el cual finalmente llegó a adoptarse como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o la “Convención Americana”).

#### **A. Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos<sup>7</sup>**

El proyecto de Convención preparado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos comprendía 88 artículos distribuidos en seis partes. Seguidamente, se menciona únicamente la parte del contenido de este proyecto relacionado con la temática de los derechos económicos, sociales y culturales.

##### **Primera Parte:**

**Capítulo I (Artículos 2 al 19):** enumera y define los derechos civiles y políticos.

**Capítulo II Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículos 20 al 33):** en donde se hacía mención de los siguientes derechos:

---

<sup>7</sup> Organización de los Estados Americanos. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*. 1968, págs. 244-274.

- Derecho al trabajo;
- Derecho de los pueblos a la libre determinación;
- Derecho de fundar organizaciones o sindicatos;
- Derecho a la seguridad social;
- Derecho a la constitución y a la protección de la familia;
- Derecho a la educación;
- Derecho a la propiedad privada;
- Derecho a tomar parte libremente en la vida cultural.

### **Tercera Parte:**

**Capítulo II Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículos 58 al 64):** en donde se hace mención a los mecanismos de protección de estos derechos para garantizar su observancia y el legítimo empleo de medidas como las citadas a continuación:

- Informaciones o informes;
- Solicitud de informaciones;
- Observaciones y recomendaciones;
- Estudios e investigaciones, incluso *in loco*;
- Suministro de asistencia técnica;
- Reuniones, inclusive de carácter regional;
- Acuerdos y convenciones para la cooperación en los campos económico, social y cultural; y
- Publicidad de las medidas adoptadas.

En principio, este proyecto debió de ser considerado por la Undécima Conferencia Interamericana (1961), pero debido a que ésta se postergó, correspondió entonces a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en 1965, el examen de este proyecto. Cabe recordar que en dicha Conferencia, el Gobierno del Brasil presentó un proyecto de resolución para que el proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, conjuntamente con el proyecto de convención presentado por el Gobierno de Chile, el proyecto de convención presentado por el

Gobierno del Uruguay y las actas de los debates de esta segunda Conferencia sobre la materia, fueran remitidos al Consejo de la Organización de los Estados Americanos (en adelante la “OEA” o la “Organización”), para que éste, oyendo a la Comisión Interamericana y a los otros órganos y entidades que estimara conveniente, introdujera en el proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos las enmiendas que juzgara necesarias para actualizarlo y completarlo.

Dicha Segunda Conferencia Extraordinaria hizo mención en su Resolución XXIV, al hecho de que el proyecto de Convención del Consejo se basó en la Convención Europea sobre Derechos Humanos (Roma, 1950) y en los proyectos de pactos preparados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1952-1953, que hasta 1959 solo habían sido examinados parcialmente.

Para dar cumplimiento al mandato antes mencionado, el Consejo de la OEA, en la sesión celebrada el 18 de mayo de 1966, resolvió remitir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el proyecto de Convención del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, así como los proyectos de Chile y Uruguay, solicitándole que le comunicara su opinión y las recomendaciones que estimase pertinentes, para que luego éste, ya revisado por el Consejo de la OEA, fuese sometido a los Gobiernos para más observaciones y enmiendas, dado el caso, y por último se convocara una Conferencia Especializada Interamericana en Derechos Humanos, para que considerara todos los proyectos, observaciones y enmiendas antes mencionados, para que esta Conferencia procediera a la aprobación y firma de una Convención de Derechos Humanos.

### **B. Proyecto de la República de Chile<sup>8</sup>**

A continuación, se menciona igualmente, solo la parte del contenido del proyecto presentado por el Estado chileno, que se encuentra relacionada con la temática de los derechos económicos, sociales y culturales.

---

<sup>8</sup> Organización de los Estados Americanos. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*. 1968, págs. 275-297.



**Segunda Parte:**

**Capítulo I (Artículos 4 al 22):** enumera y define los derechos civiles y políticos.

**Capítulo II Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículos 23 al 35):** enumera y define estos derechos:

- Derecho al trabajo;
- Derecho de los pueblos a la libre determinación;
- Derecho de sindicalización;
- Derecho a la salud y a la seguridad social;
- Derecho a la constitución y a la protección de la familia;
- Derecho a la educación;
- Derecho a la propiedad privada; y
- Derecho a tomar parte libremente en la vida cultural.

Además aparte de los derechos enumerados ya en el Proyecto de Convención del Consejo, citados de nuevo anteriormente, Chile agregó otros que se citan a continuación:

- Derecho de los trabajadores a participar en la propiedad, la dirección y las utilidades de las empresas donde trabajan (Artículo 30);
- Derecho de toda persona a un nivel de vida digno y la protección contra el hambre (Artículo 33);
- Derecho a la salud física y mental (Artículo 34);
- Derechos reconocidos al trabajador migrante en materia de contratos, remuneraciones, sindicalización, libertad de movimiento, hospedaje, defensa judicial, transferencia de sus ganancias y seguridad social (Artículos 29, inciso 4, y 38).

**Tercera Parte:****Capítulo II Del Procedimiento:**

*“[...] 2. El procedimiento conciliatorio y el procedimiento judicial se aplicarán cuando se considere que un Estado Parte ha vulnerado cualquiera de los derechos mencionados[...], [los cuales se encuentran señalados] en el artículo 29, en el artículo 31, en el artículo 35, incisos 1 y 4, y en el artículo 37”<sup>9</sup>.*

En la Memoria Justificativa del Gobierno de Chile, en lo que respecta a explicar su afán de proponer un nuevo proyecto distinto al del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, considera que dicho proyecto se encontraba atrasado, ya que como anteriormente se estipuló, aunque el Consejo se había basado en la Convención de Roma de 1950 y en los proyectos de los Pactos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1952-1953, a criterio de Chile, otros pasos importantes se habían dado en un período de tiempo que no habían sido tomados en cuenta por el Consejo y por ende consideraba que dichos avances debían de ser incorporados en la Convención que se aprobara.

Así, según Chile, su nuevo proyecto acogía todos los avances, tomando en cuenta igualmente la Convención de Roma y todos sus Protocolos complementarios, pero además la Carta Social de Europa y la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por ejemplo, el derecho al trabajo no se trató únicamente en sí mismo, sino que además se trató el tema de las condiciones justas de trabajo, de la remuneración adecuada y de la seguridad e higiene propiamente en el lugar de trabajo. En el caso del derecho a la seguridad social, éste fue considerado con mayor amplitud determinándose un nivel mínimo del sistema de seguridad social y la necesidad de su progresivo mejoramiento (Artículo 29). En el derecho a la sindicalización se incluyó además, el derecho de formar confederaciones nacionales o internacionales, y los derechos de negociación y de huelga (Artículo 31). Igualmente, el derecho de la familia a la protección del Estado y el derecho a la educación (Artículos 32 y 35), fueron también desarrollados ampliamente.

---

<sup>9</sup> La negrita no es del original, es con el fin de indicar cuáles son los derechos económicos, sociales y culturales.

Otra diferencia clave, es el hecho de que en el Proyecto del Consejo, el procedimiento amistoso ante la Comisión y el procedimiento ante la Corte, se aplicaban únicamente amparando los derechos civiles y políticos, dejando los derechos económicos, sociales y culturales bajo el resguardo de un procedimiento menor. Por el contrario, Chile hizo extensiva a algunos derechos económicos, sociales y culturales (específicamente en el caso del derecho de propiedad, el derecho a la seguridad social, el derecho a la sindicalización y de algunos derechos educacionales), la aplicación del procedimiento conciliatorio y el judicial, obteniendo éstos un tratamiento igualitario en relación con los derechos civiles y políticos.

Además, se encuentra latente la circunstancia de que algunos Estados de menor desarrollo no podrían asumir las mismas obligaciones que los Estados más desarrollados, por lo tanto, el Proyecto de Chile toma en cuenta esta probable situación y en su Artículo 86, inciso 2 dispone lo siguiente: “2. Respecto de las disposiciones contenidas en la parte II, capítulo II, de la presente convención, los Estados podrán formular reservas sin necesidad de expresar causa, con la limitación de que ellas no podrán exceder de cinco artículos de dicho capítulo”.

### **C. Proyecto de la República Oriental del Uruguay<sup>10</sup>**

Al igual que el Proyecto de Convención preparado por el Gobierno de Chile, el Proyecto preparado por el Estado uruguayo (**Anexo III**) fue estudiado en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de Janeiro en 1965. Seguidamente, se menciona, al igual que con los anteriores Proyectos únicamente la parte del contenido del Proyecto que nos compete en la materia del presente trabajo.

#### **Primera Parte:**

**Capítulo I (Artículos 2 al 22):** enumera y define los derechos civiles y políticos.

---

<sup>10</sup> Organización de los Estados Americanos. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*. 1968, págs. 298-317.

**Capítulo II Articulado Sustitutivo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículos 23 al 38):** enumera y define estos derechos:

- Derecho a una alimentación, vestido, vivienda y nivel de vida adecuados;
- Derecho al trabajo;
- Derecho de los pueblos a la libre determinación;
- Derecho de sindicalización;
- Derecho a la salud y a la seguridad social;
- Derecho a la constitución y a la protección de la familia y de la maternidad;
- Derecho a la educación;
- Derecho a la propiedad, individual y colectivamente; y
- Derecho a tomar parte libremente en la vida cultural y gozar los beneficios del progreso científico.

**Tercera Parte:**

**Capítulo II Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículos 63 al 69):** en donde se hace mención a los mecanismos de protección de estos derechos para garantizar su observancia y el legítimo empleo de medidas como las citadas a continuación:

- Informaciones o informes;
- Solicitud de informaciones;
- Observaciones y recomendaciones;
- Estudios e investigaciones, incluso *in loco*;
- Suministro de asistencia técnica;
- Reuniones, inclusive de carácter regional;
- Acuerdos y convenciones para la cooperación en los campos económico, social y cultural; y
- Publicidad de las medidas adoptadas.

Sobre los proyectos anteriormente señalados se puede deducir que los tres se preocuparon por la garantía y aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, destacándose el proyecto presentado por el Gobierno chileno, el cual amplía y a su vez actualiza las definiciones contenidas en el Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, aparte de hacer justiciables ciertos derechos económicos y sociales tanto por la vía conciliatoria como por la vía jurisdiccional.

Sin embargo, no cabe duda que el Proyecto “base” de Convención fue el emitido por dicho Consejo, de hecho el Proyecto del Gobierno de Uruguay como se puede notar no dista mucho del mismo y el presentado por el Estado chileno se encuentra basado en él.

#### **D. Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos<sup>11</sup>**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al estudiar el capítulo relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales de los tres proyectos anteriormente mencionados, tuvo serias dudas respecto de la inclusión de tales derechos en una Convención ya que consideró, basándose en la experiencia tanto del Consejo de Europa como de la Organización de las Naciones Unidas, que estos derechos, por su naturaleza, debían ser objeto de un régimen especial de protección internacional.

La Comisión tomó en cuenta, entonces, los siguientes hechos que acontecieron después de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (1959), a la hora de considerar los derechos en cuestión:

- a) la modificación de 1961 del Estatuto del CIES (Consejo Interamericano Económico y Social), órgano integrado en la actualidad por Comisiones Especiales de Educación de Salud y de Asuntos Laborales;

---

<sup>11</sup> Organización de los Estados Americanos. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1968. “Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos”, págs. 334-355.

- b) la creación del CIAP (Comité Interamericano de la Alianza para el Progreso), en 1964, con facultades para promover el bienestar económico y social de los Estados Americanos mediante la cooperación efectiva entre ellos;
- c) las resoluciones de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de 1965, sobre las reformas a la Carta de la OEA y sobre el “Acta Económico-Social de Río de Janeiro”;
- d) las propuestas tendientes a incorporar en la Carta de la OEA una declaración de derechos económicos y sociales, cuya protección competiría al CIES (Anteproyecto de Normas Económicas y Sociales, aprobado en Washington D.C., el 18 de junio de 1966).

La Comisión, refiriéndose en su dictamen a los derechos económicos, sociales y culturales dice: “(...) no es necesario reproducir en la Convención Interamericana las definiciones contenidas en el respectivo Pacto de las Naciones Unidas puesto que fueron sustancialmente incorporadas en el Protocolo de Reformas a la Carta de la OEA (...)”.

Además, la Comisión consideraba como perfectamente posible la coexistencia de los Pactos de las Naciones Unidas con la Convención Interamericana de Derechos Humanos: uno de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo y otro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuya supervisión se encuentra a cargo del Consejo Económico y Social (ECOSOC) a través del sistema de informes.

La Comisión sí consideraba que los derechos económicos, sociales y culturales eran de suma importancia y por ello, una Convención Americana debía contener disposiciones en las cuales los Estados partes reconocieran la necesidad de adoptar progresivamente, en sus legislaciones internas, las garantías que permitieran la plena vigencia de estos derechos. Lo cual, cabe destacar, fue lo que terminó plasmado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos finalmente aprobada, en su Capítulo III titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su único Artículo 26 que dice así:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la

plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia, y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Sobre esta materia, el reconocido jurista Héctor Gros Espiell apunta como lamentable el hecho de que se abandonara la vía seguida, tanto por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos como por los Gobiernos de Chile y Uruguay, no tomando en cuenta los aspectos sumamente positivos que éstos tenían respecto de estos derechos. Según este autor, fue sobre la base de que el Protocolo de Buenos Aires había incorporado nuevas normas económicas, sociales y culturales, cuando se decidió erradicar la enumeración de estos derechos del Proyecto de Convención y por ende no establecer del todo ningún sistema de control en ese sentido<sup>12</sup>.

Para fundamentar aún más este argumento encontramos en el *Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y los Proyectos de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*<sup>13</sup> donde el Relator, Dr. Carlos A. Dunshee de Abranches, hace alusión al hecho de que con la aprobación de los Pactos de las Naciones Unidas por la Asamblea General el 26 de diciembre de 1966 y el Protocolo de Reformas a la Carta de la OEA concluido el 27 de febrero de 1967, se incorporaron nuevas normas, como las apuntadas por Gros Espiell, que según el Relator “contemplan y algunas veces superan los mismos derechos definidos en el Pacto y en el Proyecto”, en virtud de lo cual, el Relator consideró como innecesario reproducir dichos derechos en la Convención. Para ejemplificar lo anterior, se cita a continuación el punto 83 del Estudio Comparativo en cuestión:

---

<sup>12</sup> Gros Espiell, Héctor. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*. Asociación Libro Libre, San José, Costa Rica, 1986, pág. 114.

<sup>13</sup> Organización de los Estados Americanos. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*. 1968. “Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y los Proyectos de Convención Americana sobre Derechos Humanos”, págs. 168-213.

“(…) 83. Por consiguiente, no será necesario reproducir en la Convención Interamericana los derechos económicos, sociales y culturales previstos, sea en el respectivo Pacto de las Naciones Unidas, sea en el Proyecto, porque ya están contemplados en el Protocolo de reformas, que será ratificado e incorporado a la Carta de la OEA antes de cualquier otra convención. En consecuencia, **la mejor forma de evitar conflictos será no incluir en la futura convención definiciones de dichos derechos [...]**”<sup>14</sup>.

Al respecto, Gros Espiell apunta el hecho de que el error consistió precisamente en no comprender que las normas económicas, sociales y culturales contenidas en el Protocolo de Buenos Aires, si bien enumeraban estos derechos, no tenían como objetivo aclarar y garantizar derechos humanos, sino meramente fijar pautas de conducta de los Estados en estas materias. El autor además señala, como lo más grave, el hecho de que aunque el Relator Dunshee de Abranches precisó que la reproducción de estos derechos era prescindible, éste sí precisó la necesidad de establecer un sistema eficaz de control al respecto, señalamiento el cual fue desatendido:

(…) Bastará sólo arreglar la promoción y el control de los derechos consagrados en los artículos 31 (sobre normas económicas como distribución equitativa del ingreso nacional, salarios justos y nutrición adecuada), 43 (sobre normas sociales como el derecho al bienestar material y desarrollo espiritual, derecho al trabajo y a la sindicalización), 47 (normas sobre educación como la primaria obligatoria cuando impartida por el Estado, media extensible a la mayor parte posible de la población y superior abierta a todos) y 48 (normas sobre ciencia y cultura como el derecho al goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población) del Protocolo, por intermedio de los órganos del sistema Interamericano en forma coordinada por las Naciones Unidas<sup>15</sup>.

Además, se debe tomar en cuenta, como lo apunta el jurista Edmundo Vargas Carreño, que una de las materias con la que se tiene mayor dificultad al tratarla es precisamente la de los derechos

---

<sup>14</sup> La negrita no es del original.

<sup>15</sup> Organización de los Estados Americanos. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*. 1968. “Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y los Proyectos de Convención Americana sobre Derechos Humanos”, pág. 204.



económicos, sociales y culturales, ya que por un lado hay que diferenciar su naturaleza jurídica de la de los derechos civiles y políticos, basándose en el hecho de que el pleno goce de éstos depende de las condiciones internas y externas de los Estados, tales como la posesión de los recursos naturales y su ubicación geográfica. Este autor apunta, cómo estos controversiales temas fueron tratados en la Conferencia Especializada Interamericana celebrada en San José, Costa Rica en 1969, donde además el Gobierno de Colombia propuso una inclusión detallada de los derechos económicos, sociales y culturales para que la Convención los protegiese, mientras que el Gobierno de México, por el contrario, abogó por la no inclusión de los mismos<sup>16</sup>.

### **E. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)**

Para finalizar la relación de este proceso, cabe señalar que la actual Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobada por la Conferencia Especializada Interamericana el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica, dividida en tres partes: la primera sobre Deberes de los Estados y Derechos Protegidos, la segunda sobre los Medios de Protección y la tercera sobre Disposiciones Generales y Transitorias, llegando a un total de 82 artículos. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los mismos no aparecen enumerados en el texto, si no que en lugar de ello, como se señaló anteriormente, los Estados se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente su plena efectividad (Artículo 26)<sup>17</sup>.

### **F. La Carta de la OEA**

El Protocolo de Buenos Aires de reformas a la Carta de la OEA de 1948, que entró en vigor el 27 de febrero de 1970, hace especial

---

<sup>16</sup> Vargas Carreño, Edmundo. *Algunos Problemas que Presentan la Aplicación y la Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En Organización de los Estados Americanos. Seminario Regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1980, págs. 155-157.

<sup>17</sup> Organización de los Estados Americanos. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*. 1969-1970, pág. 4.

mención a la importancia de los aspectos de desarrollo económico, social y cultural<sup>18</sup> de los Estados miembros, incorporando normas más amplias que las anteriores en este respecto, hecho el cual fue una de las causas para que la enumeración y definición de estos derechos fuese desechada como parte del contenido de la Convención Americana.

Hoy día debe confrontarse sobre esta materia el Capítulo VII (Desarrollo Integral-artículos 30 a 52) de la Carta de la OEA, reformada por el “Protocolo de Buenos Aires de 1967”, por el “Protocolo de Cartagena de Indias de 1985”, por el “Protocolo de Washington de 1992” y por el “Protocolo de Managua de 1993”.

### **G. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)**

Sin embargo, fue hasta el 17 de noviembre de 1988 que un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado comúnmente “Protocolo de San Salvador”, fue adoptado durante la celebración del Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA. Finalmente, el 16 de noviembre de 1999, once años después de su adopción, dicho Protocolo entra en vigor, de conformidad con su Artículo 21, gracias al depósito del undécimo instrumento de ratificación. Este importante instrumento logra llenar en alguna medida el vacío histórico dejado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los derechos económicos, sociales y culturales.

El Protocolo especifica en su Preámbulo su inspiración, basada en el ideal de un ser humano realizado y, como tal, libre, exento de temor y miseria. Señala además que, para que eso suceda, se necesitan ciertas condiciones de vida que le permitan a toda persona gozar de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual conlleva los conceptos de calidad de vida y de nivel mínimo de vida

---

<sup>18</sup> Organización de los Estados Americanos. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*. 1969-1970, pág. 10.

aceptable, temas ya tratados en la introducción de este trabajo. Además, en el último párrafo del mismo Preámbulo se encuentra la estipulación de que, no obstante que estos derechos ya se encontraban reconocidos por otros instrumentos internacionales, los cuales ya se han mencionado, se exalta la importancia de estos derechos y que los mismos fueren reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos.

De esta forma, en su Artículo Primero, los Estados se obligan a adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de sus recursos disponibles, para lograr el desarrollo progresivo. Posteriormente, uno a uno, los artículos del Protocolo van enumerando los derechos tomados en consideración:

- Derecho al trabajo y sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias;
- Derechos sindicales;
- Derecho a la seguridad social;
- Derecho a la salud;
- Derecho a un medio ambiente sano;
- Derecho a la alimentación;
- Derecho a la educación;
- Derecho a los beneficios de la cultura;
- Derecho a la constitución y protección de la familia;
- Derechos de la niñez; y
- Especial protección a los ancianos y a los minusválidos.

Por último, el Artículo 19 del Protocolo de San Salvador establece los Medios de Protección del mismo, donde en su inciso 6 se indica de forma clara que únicamente en el caso del párrafo a) del Artículo 8 (derecho a los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección) y el Artículo 13 (derecho a la educación), se podrá dar lugar a la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y cuando proceda a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior, permite hacer estos derechos justiciables aplicando los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según los Artículos 44 al 51, sobre el

procedimiento ante la Comisión Interamericana y los Artículos 61 al 69, sobre la competencia y procedimiento ante la Corte Interamericana. La justiciabilidad de estos derechos se daría en el caso en que ambos artículos del Protocolo, fueren violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del mismo instrumento.

### **Jurisprudencia y doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales**

A continuación se presenta un estudio sobre los casos que han sido resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que guardan estrecha relación con la protección de los derechos, económicos, sociales y culturales. Al respecto, cabe señalar que si bien la gran mayoría de casos sometidos a la Corte se encuentran relacionados en mayor medida con los derechos civiles y políticos, también encontramos algunos casos en los que de un modo directo o indirecto se consideran aspectos propios de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por otra parte, recordemos que todos los derechos humanos, ya sean civiles y políticos, económicos, sociales o culturales, se encuentran íntimamente ligados entre sí, ya que éstos son interdependientes e indivisibles, tal y como lo establece en su Preámbulo el propio Protocolo de San Salvador. En virtud de lo anterior, en muchos casos, la Corte Interamericana al momento de interpretar derechos civiles y políticos ha analizado elementos característicos de los derechos económicos, sociales y culturales, así como también muchas de las medidas dispuestas por el Tribunal afectan de una u otra manera esta categoría de derechos.

Seguidamente, se estudiarán cuatro emblemáticos casos resueltos por el Tribunal, que como antes se señalaba, guardan una estrecha relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Estos casos son: *Aloeboetoe* contra Suriname, *Baena Ricardo y otros* contra Panamá, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* contra Nicaragua y *Cinco Pensionistas* contra el Perú. Además, también se ha incluido el estudio de la más reciente opinión consultiva emitida por la Corte, la OC-18, y su estrecha relación con los derechos objeto de esta investigación. En todos los casos se presenta en primer

término un breve recuento del procedimiento de cada uno de ellos ante el Tribunal, para pasar luego al análisis de su relación con los derechos económicos, sociales y culturales.

### **A. Caso Aloeboetoe vs. Suriname<sup>19</sup>**

Este caso fue sometido a jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 27 de agosto de 1990. Se originó en una denuncia (Nº 10.150) contra Suriname recibida en la Secretaría de la Comisión el 15 de enero de 1988. Al presentar el caso, la Comisión invocó los artículos 51 y 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 50 de su Reglamento. La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte del Gobierno involucrado, de los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal) y 25 (Protección Judicial) de la Convención. Los hechos que motivaron la demanda ocurrieron el 31 de diciembre de 1987 y fueron la detención, trato cruel inhumano y degradante y muerte de 7 ciudadanos de Suriname de origen cimarrón (*maroons*).

El 4 de diciembre de 1991, la Corte emitió Sentencia de fondo en el presente caso, en la cual decidió tomar nota del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado de Suriname y decidió además que la controversia en cuanto a los hechos que dieron origen al caso había cesado. Asimismo, dejó abierto el procedimiento de reparaciones y costas.

El 10 de septiembre de 1993, la Corte emitió la Sentencia de reparaciones en el presente caso, en la cual decidió fijar en US\$ 453,102.00 o su equivalente en florines holandeses, el monto que el Estado de Suriname debía pagar en carácter de reparación a los familiares de las víctimas o sus herederos. Ordenó además, el establecimiento de dos fideicomisos y la creación de una fundación,

---

<sup>19</sup> Corte I.D.H., *Caso Aloeboetoe y otros*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

así como la reapertura de una escuela en Gujaba y la puesta en operación del dispensario existente en ese lugar.

### **Protección de los derechos económicos, sociales y culturales**

En el presente caso, observamos como la Corte al momento de establecer las reparaciones pertinentes, tuvo que realizar un estudio de carácter antropológico sobre la Comunidad de los *maroons* en Suriname. Lo anterior con el propósito de adecuar dichas reparaciones a las costumbres y tradiciones de dicha comunidad, para que así la sentencia lograra cumplir con su finalidad, que es la de reparar en la medida de lo posible los daños ocasionados por el Estado.

Por lo tanto, al momento de estimar las reparaciones en el presente caso, la Corte tuvo que tomar en consideración la estructura familiar de los *maroons* a la cual pertenecen los *saramacas*, tribu de las víctimas, y que es esencialmente matriarcal, en la cual es frecuente la poligamia. Lo anterior debido a que en Suriname los matrimonios deben registrarse para ser reconocidos por el Estado, pero por la escasez de oficinas de registro civil en el interior del país generalmente no lo son, lo cual, no debería afectar el derecho a indemnización de los parientes o cónyuges de matrimonios no registrados. Además, la Corte tuvo en cuenta que el cuidado de los miembros de la familia estaba a cargo de un grupo comunal que sigue la línea materna, lo que debió ser considerado para determinar a cuales familiares indemnizar.

Asimismo, la Corte estimó que el derecho local que debía aplicarse a la comunidad de los *maroons* no era el derecho surinamés, porque éste no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia, lo que implica que corresponde tener en cuenta la costumbre *saramaca*. Esta fue aplicada en la medida en que no fuera contraria a la Convención Americana. Por ejemplo, en el caso de los “ascendientes”, la Corte no hizo ninguna distinción de sexos, aún cuando ello era contrario a la costumbre *saramaca*. Cabe aquí resaltar el respeto y consideración del derecho consuetudinario indígena para la determinación del derecho aplicable a la Comunidad, la cual guarda íntima relación con el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales de dicho grupo étnico.

Por otra parte, en la indemnización fijada para los herederos de las víctimas, se previó una suma para que los menores puedan estudiar hasta una determinada edad. Sin embargo, debido a que estos objetivos no se logran sólo otorgando una indemnización, la Corte determinó que es preciso también que se ofreciera a los niños una escuela donde pudieran recibir una enseñanza adecuada y una asistencia médica básica lo que, en el momento del caso, no ocurría en varias aldeas *saramacas*. En este sentido, la Corte tuvo en consideración que los hijos de las víctimas vivían, en su mayoría, en Gujaba, donde la escuela y el dispensario estaban cerrados, por lo que dispuso que como parte de la indemnización, que Suriname estaba obligado a reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente. Igualmente, se ordenó que el dispensario allí existente fuera puesto en condiciones operativas y reabierto prontamente. Observamos como la Corte establece un importante vínculo entre el derecho a la igualdad y la no discriminación, consagrado en el artículo 3 del Protocolo de San Salvador, en relación con el derecho a la educación, el cual se encuentra establecido en el artículo 13 del mismo Protocolo, según el cual toda persona tiene el derecho a la educación, que le permita participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos.

Por último, la Corte ordenó la creación de una fundación destinada a actuar como fideicomitente de los fondos depositados en el banco designado y a asesorar a los beneficiarios en la aplicación de las reparaciones recibidas o de las rentas que perciban del fideicomiso. Esta Fundación debía prestar asesoramiento a los beneficiarios, con el propósito de que las indemnizaciones percibidas por los hijos menores de las víctimas sean utilizadas para gastos posteriores de estudio o para formar un pequeño capital cuando comiencen a trabajar o se casen y que sólo se inviertan en gastos comunes cuando razones serias de economía familiar o de salud así lo exigieren.

## **B. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá<sup>20</sup>**

El 16 de enero de 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra la República de Panamá que se originó en una denuncia (No. 11.325) recibida en la Secretaría de la Comisión el 22 de febrero de 1994. En su demanda, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 26 y siguientes del Reglamento. La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte de Panamá, de los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos); 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno); 8 (Garantías Judiciales); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 10 (Derecho a Indemnización); 15 (Derecho de Reunión); 16 (Libertad de Asociación); 25 (Protección Judicial), y 33 y 50.2 de la Convención.

Los hechos que motivan la demanda ocurrieron a partir del 6 de diciembre de 1990 y, especialmente, a partir del 14 de diciembre de dicho año, fecha en que se aprobó la Ley No. 25, con base en la cual fueron arbitrariamente destituidos de sus cargos 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales, a quienes se acusó de complicidad con una asonada militar. Posteriormente al despido arbitrario de dichos trabajadores, en el procedimiento de sus quejas y demandas, se cometieron en su contra una sucesión de actos violatorios de sus derechos al debido proceso y a la protección judicial. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que declarara que la Ley 25 y la norma contenida en el artículo 43 de la Constitución Política de Panamá son contrarias a la Convención, por permitir la retroactividad de las leyes y que, en consecuencia, debían ser modificadas o derogadas conforme al artículo 2 de dicha Convención. La Comisión también solicitó a la Corte que requiriera al Estado que restableciera en el ejercicio de sus derechos a los 270 trabajadores y reparara e indemnizara a las presuntas víctimas o a sus familiares por los hechos cometidos por sus agentes, conforme a lo establecido en el artículo 63.1 de la Convención.

---

<sup>20</sup> Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.



El 18 de noviembre de 1999, la Corte emitió Sentencia de excepciones preliminares en el presente caso, en la cual resolvió desestimar las excepciones interpuestas por el Estado (incumplimiento del artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y caducidad de la demanda, litispendencia y violación de confidencialidad) y continuar con el conocimiento del caso.

El 2 de febrero de 2001, la Corte emitió la Sentencia de fondo y reparaciones en el presente caso, en la cual declaró que el Estado de Panamá violó en perjuicio de los 270 trabajadores víctimas de este caso, los artículos 8.1, 8.2, 9, 16 y 25 de la Convención Americana; que incumplió las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, en conexión con las violaciones de los derechos sustantivos señalados en dicha Sentencia; y que no violó el artículo 15 de la Convención Americana. Además ordenó al Estado que debía pagar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los salarios caídos y demás derechos laborales de los 270 trabajadores, o en caso de haber fallecido, a sus derechohabientes; que debía reintegrar en sus cargos a los 270 trabajadores, o de no ser posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos, o en su defecto, proceder al pago de la indemnización que correspondiera a la terminación de relaciones de trabajo, y que de conformidad con el derecho laboral interno, debía indemnizar a cada uno de los 270 trabajadores el monto de US\$ 3,000.00 por concepto de daño moral. La Corte también fijó la indemnización por concepto de costas y gastos y las reglas que debía seguir el Estado para realizar el pago. Por último, la Corte decidió que supervisaría el cumplimiento de la Sentencia.

### **Protección de los derechos económicos, sociales y culturales**

En el presente caso, la Corte se vio en la necesidad de estudiar en detalle los alcances de los derechos sindicales, los cuales se encuentran regulados en el artículo 8 del Protocolo de San Salvador. Este artículo establece, entre otras cosas, que los Estados deberán garantizar el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Este artículo señala además, que estos sindicatos

federaciones y confederaciones tienen el derecho a funcionar libremente, así como el derecho a la huelga de los trabajadores y que el ejercicio de estos derechos solo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática y necesarios para salvaguardar el orden público y los derechos de los demás.

En este sentido, la Corte tuvo que considerar si se configuró o no, en el caso en cuestión, la violación de la libertad de asociación, estimando que ésta debía ser analizada en relación con la libertad sindical. Al respecto, ésta señaló que la libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programas de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar, sin coacción alguna, si desea o no formar parte de la asociación, ya que a fin de cuentas se trata del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.

La Corte Interamericana determinó que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos. En este sentido, la libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador, en su artículo 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, “(n)adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”.

Por otra parte, la Corte estimó que la Convención Americana es muy clara al señalar, en su artículo 16, que la libertad de asociación sólo puede estar sujeta a restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, y que se establezcan en interés de la seguridad nacional, del orden público, de la salud o de la moral públicas o de los derechos o libertades de los demás. Esta regulación, tal y como se ha señalado, se encuentra también regulada

en el artículo 8 del Protocolo de San Salvador. En este sentido la Corte ha aclarado que la Convención no se limita a exigir la existencia de una ley para que sean jurídicamente lícitas las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, sino que requiere que la leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Por último, en el presente caso el Tribunal concluyó que el Estado violó el derecho a la libertad de asociación y el principio de irretroactividad de la ley, debido a que la ley que justificaba el despido de los trabajadores fue emitida 15 días después de los hechos que dieron origen al caso, que no se observó la normativa referente al fuero sindical en relación con el despido de los trabajadores, que fueron obstruidas las instalaciones e intervenidas las cuentas bancarias de los sindicatos, que numerosos trabajadores despedidos eran dirigentes de organizaciones sindicales y que no fue demostrado que las medidas adoptadas por el Estado fueron necesarias para salvaguardar el orden público ni que guardaron relación con el principio de proporcionalidad.

### **C. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua<sup>21</sup>**

El 4 de junio de 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Nicaragua que se originó en una denuncia (No. 11.577) recibida en la Secretaría de la Comisión el 2 de octubre de 1995. En su demanda, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 32 y siguientes del Reglamento. La Comisión presentó este caso con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial).

Los hechos que motivan la demanda se basan en que Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni había tomado medidas efectivas que aseguren los derechos

---

<sup>21</sup> Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, así como por haber otorgado una concesión en las tierras de la Comunidad sin su consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre sus derechos de propiedad. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que declarara que el Estado debe establecer un procedimiento jurídico que permita la pronta demarcación y el reconocimiento oficial de los derechos de propiedad de la Comunidad Mayagna, así como abstenerse de otorgar o considerar el otorgamiento de cualquier concesión para el aprovechamiento de recursos naturales en las tierras usadas y ocupadas por los Awas Tingni, hasta que se resuelva la cuestión de la tenencia de la tierra que afecta a la Comunidad.

El 1 de febrero de 2000, la Corte emitió Sentencia de excepciones preliminares en el presente caso, en la cual decidió desestimar la excepción interpuesta por el Estado (falta de agotamiento de los recursos internos) y continuar con el conocimiento del caso.

El 31 de agosto de 2001, la Corte emitió Sentencia sobre el fondo y las reparaciones en el presente caso, en la cual decidió que el Estado de Nicaragua violó en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (*Sumo*) Awas Tingni, los artículos 25 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; que debía invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, el monto de US\$ 50,000.00 en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de esa Comunidad, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana; que debía adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter, necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, sus valores, usos y costumbres; y que debía delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de dicha Comunidad y abstenerse de realizar actos que pudieran llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actuaran con su aquiescencia o su tolerancia, afectaran la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad. La Corte también fijó la indemnización por conceptos de costas y gastos y decidió que supervisaría el cumplimiento de la Sentencia.

El 19 de julio de 2002, los representantes de las víctimas solicitaron la adopción de medidas provisionales en este caso, de conformidad con los artículos 63.2 de la Convención Americana y 25 del Reglamento de la Corte. A raíz de esta solicitud, el 6 de septiembre de 2002, la Corte dictó una Resolución mediante la cual decidió requerir al Estado de Nicaragua que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para proteger el uso y disfrute de la propiedad de las tierras pertenecientes a la Comunidad Mayagna Awas Tingni y de los recursos naturales existentes en ellas, específicamente aquéllas tendientes a evitar daños inmediatos e irreparables resultantes de las actividades de terceros que se han asentado en el territorio de la Comunidad o que exploten los recursos naturales existentes en el mismo, hasta tanto no se produzca la delimitación, demarcación y titulación definitivas ordenadas por la Corte; requerir al Estado que dé participación a los peticionarios en la planificación e implementación de las medidas y que, en general, los mantenga informados sobre el avance de las medidas dictadas por la Corte.

### **Protección de los derechos económicos, sociales y culturales**

En el presente caso, al igual que como sucedió en el caso Aloeboetoe, al cual ya se ha hecho referencia, la Corte Interamericana debió tomar en consideración los valores, usos y costumbres de la Comunidad Indígena Mayagna (*Sumo*) Awas Tingni, para la elaboración y emisión de la Sentencia. En este sentido, consideramos que el Tribunal tuvo claro que una sentencia que no se hubiera adecuado a las particularidades de la Comunidad, no habría tenido un efecto útil para los miembros de la misma.

Al respecto, la Corte se refirió al concepto de propiedad en las comunidades indígenas, aludiendo al hecho de que entre los indígenas existe una tradición comunitaria respecto a su forma de propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las

comunidades indígenas, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. Es precisamente con estas afirmaciones donde encontramos la estrecha relación que la presente Sentencia guarda con los derechos económicos, sociales y culturales.

De esta manera es claro cómo el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas fue tenido especialmente en cuenta, para los efectos de este caso. Como producto de la ocupación ancestral, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la misma, obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. Es notable la estrecha relación que se dio entre el derecho de propiedad y las costumbres y tradiciones indígenas, tomando así especial consideración por los derechos económicos, sociales y culturales de estos pueblos.

Por su parte, el Estado de Nicaragua reconoció la propiedad comunal de los pueblos indígenas, pero el mismo no ha habido regulado el procedimiento específico para materializar dicho reconocimiento, lo cual causó que desde 1990 no se hubieran otorgado títulos de esta naturaleza. Además, en el presente caso, el Estado no se opuso a la pretensión de la Comunidad Awas Tingni de ser declarada propietaria, aunque sí discutió la extensión del área que ésta reclamaba. La Corte consideró que conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas.

Por último, la Corte determinó que el Estado debía adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que fueren necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, y además debía proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Awas Tingni, en un plazo máximo de 15 meses, con la plena participación de la Comunidad, y para implementar estos dos puntos sobre los deberes del Estado se debía tomar en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad. Una

vez más observamos como las tradiciones sociales y culturales de la Comunidad deben ser tomadas en consideración al momento de la reparación del daño por parte, en este caso, del Estado nicaragüense.

En síntesis, en esta sentencia es posible observar la aplicación del principio de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, ya que si bien el derecho conculcado es el de propiedad, que forma parte de los denominados derechos civiles y políticos, la Corte tomó en consideración aspectos socio-económicos y culturales al momento de establecer la responsabilidad internacional del Estado y los medios de reparación aplicables en el presente caso.

#### **D. Caso de los Cinco Pensionistas vs. Perú<sup>22</sup>**

El 4 de diciembre de 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Perú, la cual se originó en una denuncia (No. 12.034) recibida en la Secretaría de la Comisión el 1 de febrero de 1998. La Comisión presentó la demanda con base en el artículo 51 de la Convención Americana, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 25 (Protección Judicial) y 26 (Desarrollo Progresivo) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado.

Los hechos que motivaron la presente demanda se originaron en la modificación en el régimen de pensiones que los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreyra venían disfrutando conforme a la legislación peruana hasta 1992, y por el incumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional del Perú “que ordenaron a órganos del Estado peruano pagar a los pensionistas una pensión por un monto calculado de la manera establecida en la legislación vigente para el momento en que éstos comenzaron a disfrutar de un determinado régimen pensionario”. Además, la Comisión solicitó a

---

<sup>22</sup> Corte I.D.H., *Caso “Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

la Corte que ordenara al Estado que derogara y cesara, de manera retroactiva, los efectos del artículo 5 del Decreto-Ley N° 25792 de 23 de octubre de 1992.

El 28 de febrero de 2003, la Corte emitió la Sentencia sobre el fondo y las reparaciones en el presente caso, en la cual declaró que el Estado violó el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana; que el Estado incumplió las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, en conexión con las violaciones de los derechos sustantivos; que la Sentencia constituye *per se* una forma de reparación para las víctimas; y que las consecuencias patrimoniales que pudiera tener la violación al derecho a la propiedad privada, deberán establecerse, en los términos de la legislación interna, por los órganos nacionales competentes. Asimismo, decidió que el Estado debe realizar las investigaciones correspondientes y aplicar las sanciones pertinentes a los responsables del desacato de las sentencias judiciales emitidas por los tribunales peruanos en el desarrollo de las acciones de garantía interpuestas por las víctimas; que el Estado debe pagar la cantidad de US\$ 3.000,00 por concepto de daño inmaterial; y que el Estado deberá pagar la cantidad total de US\$ 13.000 por concepto de gastos y la cantidad total de US\$ 3.500,00 por concepto de costas.

### **Protección de los derechos económicos, sociales y culturales**

El derecho a la seguridad social, que se encuentra regulado en el artículo 9 del Protocolo de San Salvador, establece que “toda persona tiene el derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”. En el presente caso la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en este sentido, lo cual implicó necesariamente la interpretación de algunos derechos económicos, sociales, tales como el señalado anteriormente, el derecho al desarrollo progresivo de estos derechos y las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo.

La Corte estimó que si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 de la



Convención, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y otros motivos, que no interesa apuntar en lo que nos concierne.

No obstante lo anterior, la Corte señaló en las consideraciones del presente caso, el hecho de que por su parte, el artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana.

Así las cosas, la Corte constató, con base en lo anterior, que al Estado haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstas, violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención, en perjuicio de las víctimas en el presente caso.

Es interesante señalar el hecho de que la Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas y sus familiares alegaron el incumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana (Desarrollo Progresivo), que como ya hemos expuesto en páginas anteriores, es el único referente a los derechos económicos, sociales y culturales presente en la Convención Americana. Éstos alegaron su incumplimiento argumentando que el Estado, al haber reducido el monto de las pensiones de las presuntas víctimas, no cumplió con su deber de promover el desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales y, particularmente, no les garantizó el desarrollo progresivo al derecho a la pensión.

Al respecto, la Corte apuntó que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como

colectiva y que, su desarrollo progresivo, debía ser medido en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social. Cabe recordar que el artículo 1 del Protocolo de San Salvador (Obligación de Adoptar Medidas) hace referencia a la necesidad de lograr de manera progresiva y de conformidad con el derecho interno, la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho instrumento. Aún así, la Corte consideró que en este caso se encontraba ante un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente. En virtud de lo anterior, la Corte estimó procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.

Cabe mencionar que, según el Tribunal, los hechos ocurridos en el presente caso causaron daños a los pensionistas debido a que se les disminuyó la calidad de vida al reducirseles sustancialmente las pensiones, de manera arbitraria, y a que se incumplieron las sentencias judiciales emitidas a su favor. Cabe recordar acá, el mencionado concepto de calidad de vida, el cual es considerado como el común denominador de los derechos económicos, sociales y culturales. Por estas razones, la Corte estimó que el daño inmaterial ocasionado debía además ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización compensatoria, conforme a la equidad.

### **E. Opinión Consultiva OC-18**

#### **(Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados)<sup>23</sup>**

El 10 de mayo de 2002, los Estados Unidos Mexicanos presentó una solicitud de opinión consultiva, referente a la “interpretación de diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. Concretamente, la consulta guarda relación con “la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales y su compatibilidad con la obligación de los

---

<sup>23</sup> Corte I.D.H., Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley, consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos a los trabajadores migratorios; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquéllas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano”. Asimismo, la consulta se relaciona con “el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación”.

El 17 de septiembre de 2003, la Corte emitió la Opinión Consultiva OC-18 en la cual opinó que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales y que con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental; que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional; que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; y que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

Asimismo, la Corte opinó que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares; que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, más allá de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las

personas; que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna y que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, más allá de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

Por último, la Corte opinó que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales; que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica y que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

### **Protección de los derechos económicos, sociales y culturales**

En el presente caso, la Corte Interamericana entró de lleno a la consideración del artículo 3 del Protocolo de San Salvador, relativo a la obligación de no discriminación, el cual estipula que los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos enunciados en dicho Protocolo, sin discriminación alguna por

motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen racial o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Además, la Corte no realizó la interpretación de este derecho en forma aislada, sino que lo analizó en conexión con el derecho al trabajo, establecido en el artículo 6 del Protocolo y con el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, establecido en el artículo 7 de dicho instrumento. En estos artículos se señala el derecho que toda persona tiene al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada, así como el derecho de toda persona al goce del derecho al trabajo, anteriormente descrito, en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, lo que deberá ser garantizado por los Estados en sus legislaciones nacionales.

En este sentido, la Corte consideró que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación ya que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Al respecto, la Corte afirmó que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

En concordancia con ello, el Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, 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 y 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*.

Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación en perjuicio de un determinado grupo de personas. En este sentido, la Corte estimó que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, crean, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. Al respecto, también señaló que el incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas.

En virtud de lo anterior, los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea

razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos.

Además, la Corte ha considerado que el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

De este modo, la Corte Interamericana ha estimado que la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Lo anterior es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores, lo cual se constituye en una violación del artículo 7 del Protocolo de San Salvador, al cual ya se ha hecho referencia.

Asimismo, el Tribunal ha determinado que no basta con referirse a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos laborales de todos los trabajadores migrantes, sino que es pertinente señalar que estas obligaciones proyectan diversos alcances y efectos para los Estados y a terceros. En el marco de una relación laboral en la cual el Estado se constituye en empleador, éste evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos, sean éstos nacionales o migrantes, documentados o indocumentados, ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente. Sin embargo, 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.

De esta manera, 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 interindividuales. En este sentido, la Corte ha afirmado que dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores. La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos.

Como ya se ha dicho, el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y



no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). Además, es muy importante el hecho de que el Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. Esta obligación estatal encuentra su asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. Cabe resaltar acá la estrecha relación existente entre los derechos a la igualdad, no discriminación, derecho al trabajo y condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, todos ellos considerados como derechos económicos, sociales y culturales, lo cuales a su vez se encuentran interrelacionados con los derechos civiles y políticos.

En síntesis, la Corte ha considerado que las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas. En primer lugar, los Estados tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna. Además, los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación. Más aún, hay casos en los cuales es el Estado el que directamente viola los derechos humanos de los trabajadores. Casos como el de la denegación del derecho a la pensión de un trabajador migrante que cotizó y cumplió con todo requisito exigido legalmente a los trabajadores, o como el de un trabajador que acude al órgano judicial correspondiente para reclamar sus derechos sin que éste le proporcione las debidas garantías ni protección judiciales.

La Corte ha señalado también que en el caso de los trabajadores migrantes hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y, sin embargo, son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer

trabajadora y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presente el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según el cual “(t)odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Observamos como una vez más criterios derivados de los derechos económicos, sociales y culturales son tomados en consideración por parte de la Corte para el desarrollo de la opinión consultiva en cuestión.

La Corte considera que el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna, la cual es un precepto básico dentro del ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales. Los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno. Asimismo, el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano.

Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. En este sentido, la Corte ha considerado que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

## Conclusiones

1. La razón principal de porqué no se han sometido a consideración de la Corte casos que involucran directamente violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales obedece fundamentalmente a que estos derechos no fueron incluidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
2. Consecuentemente, para que la Corte en su jurisprudencia haya podido hacer mención a estos derechos, la Comisión, al someter el caso, ha tenido que fundamentarlo en violaciones de alguno de los derechos protegidos por la Convención Americana, que protege únicamente derechos civiles y políticos.
3. La enumeración de algunos derechos económicos, sociales y culturales en la Carta de la OEA a partir de la adopción del “Protocolo de Buenos Aires” y el concepto de desarrollo progresivo de los mismos, en la medida que los Estados tengan recursos para hacerlo, dejó de lado la protección jurisdiccional y por órganos especiales no jurisdiccionales de los mismos.
4. No es sino con el “Protocolo de San Salvador”, que entró en vigor a finales de 1999, que se retoma en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de los mismos, por la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, respectivamente.
5. El “Protocolo de San Salvador” tiene insalvables limitaciones para la protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que solamente dos derechos, educación y sindicalización tienen esa naturaleza y, hasta el momento, la Comisión Interamericana no ha implementado un sistema de supervisión, que opere sobre bases regulares, de los derechos protegidos por el “Protocolo de San Salvador”.
6. Deben establecerse criterios más desarrollados en el plano jurídico e institucional, que sienten nuevos criterios sobre la posibilidad de dar protección jurisdiccional a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. Recogidos convencionalmente, estos criterios permitirían un desarrollo jurisprudencial directo y efectivo de esos derechos.
7. Mientras esto no ocurra, la Corte tendrá que seguirse refiriendo a los derechos económicos, sociales y culturales mediante

sentencias u opiniones consultivas que se sometan a ella alegando violaciones o solicitando consideraciones doctrinales, fundamentalmente, sobre los derechos civiles y políticos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

8. El gran tema y desafío hacia el futuro en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, es el de la justiciabilidad de los mismos. Es decir, como garantizar la protección jurisdiccional de estos derechos humanos.



## **El estado de derecho y los derechos económicos sociales y culturales de la persona humana**

*Mariella Saettono\**

El análisis del proceso de evolución histórica del Estado absolutista al Estado de derecho permite constatar que el Estado, en tanto institución, ha ido redefiniendo sus cometidos y su relacionamiento con el individuo y por tanto, también con la sociedad civil que lo precede, en función de un cambio axiológico que ha procesado.

Pero como todos sabemos, los procesos son dinámicos y en el contexto actual entiendo que resulta importante analizar el rol que cumple el Estado social de derecho en torno a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, que constituyen en nuestra opinión, una base imprescindible para la realización de los otros derechos que posee la persona humana como son los derechos civiles y políticos y los llamados derechos de la solidaridad o tercera generación.

El Estado de derecho consagró frente al Estado absolutista en relación a la persona humana y a su propio accionar, principios de garantías fundamentales tales como el principio de legalidad, de responsabilidad estatal y el principio de separación de poderes, que llevan todos ellos a una limitación del poder estatal.

Desde la perspectiva individual, la persona humana obtuvo especialmente el respeto a sus derechos civiles y políticos lo que determinaba fundamentalmente para el Estado la obligación de no interferir en el goce de estos derechos, configurando así lo que la doctrina ha llamado “libertad negativa”, en el sentido de que el Estado tiene la obligación de no hacer.

---

\* Profesora adjunta de Derecho Público II, Facultad de Derecho de la Universidad de la República y Profesora Adjunta de Derecho Administrativo y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay.

Como afirma Peces Barba<sup>1</sup>, el concepto de derechos fundamentales se produce en la historia a partir del tránsito a la modernidad, surgiendo como limitaciones al poder del Estado absolutista en los cuales se prioriza la libertad personal, conformando una libertad negativa “libertad de”, en el sentido de que el Estado no ingrese en el espacio de la autonomía personal<sup>2</sup>, siendo éste el fundamento de los derechos o libertades civiles y políticos. Así, como ejemplo, podemos mencionar entre los llamados derechos de primera generación los referidos a la vida, la integridad personal, la libertad personal, la libertad de conciencia, la libertad de asociación, libertad de circulación, la libertad de expresión de pensamiento, las garantías judiciales, los derechos políticos y el derecho de propiedad.

En relación a estos derechos, los Estados tienen una obligación de resultado, porque todos son derechos inmediatamente exigibles a través de los distintos recursos jurisdiccionales a nivel interno e internacional.

Desde el punto de vista de la filosofía política, el Estado de derecho surge en el contexto de la teoría política y económica del liberalismo, que sienta el principio de la libertad individual, reafirmando como premisa fundamental la autonomía del individuo.

Por otra parte, como afirma Salvat<sup>3</sup>, el liberalismo económico surgió a partir de los fisiócratas como reacción al mercantilismo y a las injerencias estatales en la producción económica, y el liberalismo político nació a partir de las teorías iusnaturalistas y contractualistas que sostenían la importancia fundamental de los derechos universales del hombre. Es así que esta corriente reclama libertad individual contra tutelas externas, libertades públicas y libertad en el plano económico.

---

<sup>1</sup> Peces Barba, Gregorio, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 326.

<sup>2</sup> Bidart Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1991, pág. 175 y siguientes.

<sup>3</sup> Salvat, Pablo, *El porvenir de la equidad, aportaciones para un giro ético en la filosofía política contemporánea*, Edit. Lom / Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2002.

Es en ese ámbito, según señala Brito<sup>4</sup>, que el Estado de derecho viene a configurarse, definiéndose conceptualmente por su finalidad, esto es, concurrir a la realización del hombre en plenitud mediante la función estatal protectora de la persona humana. Destaca este autor que es regla paradigmática del Estado de derecho la aceptación de una realidad sustancial impenetrable para el Estado, la dignidad personal del hombre que en su interioridad se desenvuelve y cuya proyección necesaria (la libertad exterior) plantea el reclamo de tutela, aunque la alteridad esencial concibe al hombre como responsable de su entorno.

Posteriormente a la primera etapa del Estado Liberal de derecho, marcada por una visión limitada en el sentido de que su finalidad se cumplía plenamente si al individuo se le garantizaba el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, y la Administración se reducía a un rol ordenador como enseñara Barbé<sup>5</sup>. El Estado debió necesariamente ampliar su rol, desarrollar una conducta intervencionista en el orden económico y social, a efectos de asegurar condiciones mínimas materiales a la población.

El Estado se enfrentó en esta última etapa a distintos factores externos que incidieron fuertemente en el ámbito social, generando desigualdades como fueron la Revolución Industrial y el impacto de descubrimientos técnicos que cambiaron sustancialmente las condiciones de vida de la sociedad. Se observa en el proceso evolutivo de desarrollo de los derechos humanos que esa libertad negativa resultó insuficiente para el desarrollo de la persona humana y entonces surgió el concepto de libertad positiva, “libertad para” acceder a los bienes y servicios que permiten la realización plena de todo ser humano.

Este concepto de libertad positiva vincula dos principios fundamentales (el de la libertad con el de igualdad), y constituye el fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales, derechos que surgen en el marco del proceso de la industrialización y los fenómenos políticos y económicos del siglo XIX y XX; tienden

---

<sup>4</sup> Brito, Mariano, “El Estado de derecho en una perspectiva axiológica” en *Ius Publicum* N° 6, 2001, págs. 63-70.

<sup>5</sup> Barbé, Perez, “La adecuación de la administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de derecho” en *RDJA*, 1967 LXV, pág. 1 y siguientes.



a hacer menos grande la desigualdad entre los que tienen y los que no tienen, conduciendo a una nueva redefinición de los derechos del hombre.

Como advierte Cagnoni<sup>6</sup>, el Estado democrático es un Estado inmanente por sus fines, que corresponden a su ser propio, entre los cuales unos son inherentes, permanentes, y se dirigen al mantenimiento del Estado en tanto organización jurídico-política de la comunidad y los realiza mediante los cometidos propiamente estatales, exclusivos en y por sí mismos. Pero también es inmanente al Estado procurar el bien de la comunidad y la realización de cometidos propiamente sociales que se tornan de prestación estatal exclusiva o concurrente, según la realidad de cada época y de cada sociedad.

Es en este contexto que surge con fuerza el reclamo por los derechos económicos, sociales y culturales ya que como expresa Bobbio: “La razón de ser de los derechos sociales como la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la salud es una razón igualitaria. Los tres tienden a hacer menos grande la desigualdad entre quienes tienen y quienes no tienen, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento o condición social”<sup>7</sup>.

El concepto de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) se refiere por lo tanto a un nuevo relacionamiento del Estado con la persona humana, en tanto éste en su carácter de institución instrumental al servicio de la misma, se obliga a hacer y a destinar recursos para la realización progresiva de estos derechos que hacen al pleno desarrollo de la persona humana. Aparece así el concepto de libertad positiva, “libertad para”, lo que complementa perfectamente el concepto de libertad negativa, propia de los derechos civiles y políticos.

Bidart Campos expresa claramente que “en el Estado social de derecho se pretende suministrar las condiciones de acceso al goce de

---

<sup>6</sup> Cagnoni, José, “El concepto de Democracia en Regules y la noción de Estado de derecho” en *Cuaderno de Facultad de Derecho* N° 8, Montevideo, 1988, pág. 72 y siguientes.

<sup>7</sup> Bobbio, Norberto, *Derecha e Izquierda*, Edit. Santillana S.A, Taurus, 1995, pág. 151.

los Derechos Humanos por parte de todos los hombres y a la disponibilidad de un espacio de libertad igualitariamente repartido en circulación por todos los ámbitos de la sociedad, precisamente para liberar el tramo indispensable de recorrer, desde los derechos en que ‘se está’ hacia el de los derechos en que se ‘debe estar’. Se trata de desbloquear los derechos imposibles mediante la promoción de los derechos y la satisfacción del débito político de hacerlos posibles”<sup>8</sup>.

Señala además que la gestión coordinadora a cargo del Estado no aniquila ninguna de las libertades personales ni la libertad social, sino que la articulación estatal del bien común no equivale a que el Estado tome directamente a su cargo la totalidad de las tareas, pero sí a que adopte, promueva y concilie políticas de bienestar con participación de la sociedad y en el marco del principio de subsidiariedad.

En este mismo sentido, Cagnoni expresa que “toca al Estado, único ente social portador del interés general de la comunidad, por medidas legislativas y administrativas, orientar las actividades sectoriales, parcializadas, hacia el interés general, lo que hará por la fijación de políticas para las distintas áreas del quehacer social; y coordinarlas entre sí y con su propia acción, pues por su propia condición debe actuar como coordinante supraordenador”<sup>9</sup>.

Por otra parte, con carácter general, debe resaltarse muy especialmente que la trascendencia del reconocimiento de los derechos humanos en las Constituciones deriva, no sólo del establecimiento de un marco de protección para la persona humana sino además de que éstas recogen en su estructura total una filosofía y un sistema de valores que delinear el marco jurídico que debe orientar al Estado en su actuación y del que éste no debería abdicar nunca, porque a través de dicha base axiológica se protege el bien común.

En una primera etapa en el constitucionalismo moderno, el Estado queda rodeado de un perímetro limitado por la norma constitucional. Por eso hablamos del Estado de derecho, un Estado

---

<sup>8</sup> Bidart Campos, Germán, Ob. Citada.

<sup>9</sup> Cagnoni, José Aníbal, “Estado y Sociedad. El principio de subsidiariedad”, publicación del *CLAEH* N° 29, 1984.

sometido al principio de legalidad, en el cual la persona se constituye en un sujeto de derechos frente al Estado.

El constitucionalismo latinoamericano que deriva del proceso jurídico posterior a la independencia, sobre todo en la primera mitad del siglo XIX, se inspiró en el pensamiento político liberal, consagrando fundamentalmente los derechos de la libertad no efectuando referencia a los DESC, como fue el caso de la Constitución uruguaya de 1830, la argentina de 1853 y la chilena de 1833.

Sin embargo debe advertirse que no obstante el hecho de haber reconocido estas Constituciones, los derechos de la libertad (fundamentalmente ante el Estado), gozaron durante mucho tiempo de vigencia jurídica pero no de efectividad real. Este dato es bien importante y se refiere al hecho de que, como todos sabemos, no alcanza con establecer normativamente los derechos, sino que es a través de un proceso político y social que los mismos van tomando cuerpo en la sociedad.

Podemos ubicar recién en el siglo XX, luego de la primera postguerra, el nacimiento de una concepción más integradora de los derechos humanos, en virtud de la cual además del reconocimiento de los derechos clásicos de libertad, que suponen obligaciones de no interferencia del Estado, se agregan en las distintas Constituciones los derechos económicos, sociales y culturales que apuntan a combatir la pobreza, el subdesarrollo económico, la ignorancia, la miseria y las enfermedades.

Para nosotros los latinoamericanos, es un orgullo poder señalar que la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, fue la pionera a nivel mundial en establecer estos derechos.

Luego surgieron otras constituciones como fueron la de Weimar de 1919, la de Austria en 1920 y la española de 1931. Estas Constituciones que integran el llamado **constitucionalismo social**, además de los derechos civiles y políticos, al consagrar los DESC presuponen necesariamente en un marco democrático, obligaciones de hacer y de dar para el Estado, los llamados “derechos prestación”.

El Estado es visualizado como un Estado social de derecho, con una nueva dimensión, en la cual es gestor de un bien común público, aspirando a realizar un estado de bienestar partiendo de las siguientes premisas:

- 1) Toda persona debe tener la posibilidad de satisfacer sus necesidades mínimas.
- 2) Desarrollo de políticas que tiendan al pleno empleo.
- 3) Prestación de servicios públicos y sociales.
- 4) El Estado actúa como un sistema distribuidor y planificador en el marco del principio de subsidiariedad.

Hoy en día, las constituciones modernas consagran claramente la existencia de los derechos económicos, sociales y culturales como es el caso en nuestra región de las últimas Constituciones aprobadas en Brasil en 1988 y en Argentina en 1994 (Arts. 14 bis y 75), en Chile en 1980, en Paraguay en 1992 y en Uruguay, la Constitución de 1967, reformada en 1997.

En el caso de Argentina, la reforma de 1994 otorgó jerarquía constitucional a varios Pactos y Declaraciones de derechos humanos, entre ellos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y consagró dos nuevos derechos: el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado y el derecho de los consumidores y usuarios a ser protegidos en las relaciones de consumo.

Por su parte, la Constitución de Brasil también establece con carácter muy completo los derechos económicos, sociales y culturales previstos entre otros, en los Arts. 5, 6, 8, 11, 205 y 214, en los cuales se los desarrolla con un altísimo nivel de detalle.

En el caso de Chile, en su Constitución se afirma la obligación del Estado de promover el bien común para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todas las personas el desarrollo material y espiritual, consagrándose los DESC (Art. 19), además de incorporar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Constitución de Paraguay recoge los DESC en los artículos 7-116, creando la Defensoría del Pueblo a la cual se le otorga la competencia de la defensa de los derechos humanos, canalizar los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios.

Nuestra Constitución, que recoge expresamente la concepción jusnaturalista en los artículos 7 y 72, se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales en los artículos 40 a 71 (trabajo, salud, enseñanza, seguridad social, vivienda), estableciendo además

la obligación del Estado de proteger la familia como núcleo básico de la sociedad, la minoridad y a los indigentes.

En este sentido resulta indiscutible el hecho de que no pueden existir y realizarse plenamente los derechos de la libertad si no se garantiza a todo ser humano un mínimo de dignidad vital, entre otros los derechos referidos a trabajo y salario adecuado, educación, salud, vivienda, y seguridad social.

Corresponde advertir que mientras se desarrolla este proceso jurídico de reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, paralelamente la Iglesia toma posición con respecto a los mismos. Así en 1888, León XIII, tratando “la cuestión obrera”, defiende la dignidad del trabajador y la dignidad del trabajo al que califica como personal y social, condena expresamente los abusos cometidos con los obreros reivindicando el derecho a un salario justo, afirmando por otra parte que los derechos humanos se fundan en Dios. Pío XI proclama la dignidad del hombre, condena el materialismo, afirma la libertad de educación y trata el tema de los derechos sociales y políticos. Por su parte, Pío XII reclama el derecho a un orden social correcto, reivindicando el derecho de las familias y de los individuos.

Este proceso continúa con la elaboración de encíclicas fundamentales en referencia a la temática de los DESC tales como: *Pacem in Terris* de Juan XXIII, *Populorum Progresio* de Pablo VI y *Laborem Exercens* y *Sollicitudo Rei Socialis* de Juan Pablo II. Ellas conforman la doctrina social de la Iglesia, conformando un puente entre los principios de fe y el orden social.

La Carta de Naciones Unidas en su preámbulo refiere expresamente a la integralidad de los derechos humanos cuando sostiene que se “reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres (...) entendiéndose que debe promoverse el progreso social y elevarse el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad”.

Estos conceptos son retomados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (declarada obligatoria para toda la comunidad internacional por la proclamación de Teherán de 1968), que además de reconocer expresamente algunos derechos económicos, sociales y culturales, consagra el derecho de toda persona a que se “establezca

un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

En relación a los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en este documento, corresponde señalar que se encuentran previstos en los Arts. 22 a 27: el derecho a la seguridad social y a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad; el derecho al trabajo, a su libre elección, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual, a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure a toda persona, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana, el derecho a fundar sindicatos para la defensa de sus intereses, el derecho al descanso; el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, además de los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. También se prevé que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales y se consagra el derecho a la educación y el derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad.

Por su parte en el sistema interamericano, la Declaración Americana también consagra además de los derechos civiles y políticos a los derechos económicos, sociales y culturales en los Arts. 11 a 16, disponiéndose además en el Art. 35 el deber de toda persona de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales, de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias.

Es interesante resaltar que ninguna de las Declaraciones, ni la Universal ni la Americana, distinguen entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, en el sentido de que en el texto de ambas Declaraciones se encuentran regulados conjuntamente ambas “categorías” de derechos.

Es recién con la aprobación de los Pactos Internacionales en 1966 que se diferencian estos derechos aprobando dos Pactos en lugar de uno solo, consagrando distintos niveles de protección entre los

derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, plasmándose formalmente una dicotomía que generó una concepción limitativa y fragmentada de los derechos humanos en su momento y que hoy está superada.

En efecto por el Protocolo Facultativo adicional al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se permite a las personas acceder directamente al sistema para presentar quejas en relación con la violación de estos derechos, cuestión que todavía no es posible en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte en el momento de aprobarse el Pacto de Derechos Civiles y Políticos nace el órgano de control encargado de velar por su protección, no así en referencia a los DESC.

En 1976, al entrar en vigencia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por Naciones Unidas en 1966 estos derechos adquieren obligatoriedad jurídica.

Este Pacto, aprobado por la ley N° 13751 en nuestro país, reconoce “que no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

El Art. 2 de dicho Pacto consagra dos obligaciones para los Estados: a) La obligación de adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, ya sea internas como a través de la cooperación internacional, para lograr **progresivamente** por todos los medios apropiados inclusive, la adopción de medidas legislativas y la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; b) la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Estas dos obligaciones, que tienen efecto directo e inmediato, determinan el marco de actuación del Estado en relación a los DESC.

En relación al control acerca del cumplimiento del Pacto para los Estados que lo ratificaron, el mismo dispuso que sería competente el Consejo Económico, Social y Cultural para examinar los informes

que los Estados Partes deben presentar periódicamente sobre las medidas que han adoptado para promover y proteger los DESC. En 1978, dicho Consejo estableció un grupo de trabajo al que delegó sus cometidos, constituyendo este grupo de expertos, en 1985, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de control no jurisdiccional.

A nivel americano, la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica recoge los derechos económicos, sociales y culturales en una sola disposición que es el Art. 26, consagrando en forma genérica la obligación de los Estados de adoptar medidas progresivas para la implementación de los mismos. Pero es muy importante el alcance del Art. 42 de la Convención, como muy bien advierte Cançado Trindade<sup>10</sup>, en el sentido de que esta norma dispone que aquellos Estados que eleven al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación la Ciencia y la Cultura, deberán remitir informes a la Comisión Interamericana, lo que permitirá que ésta vele por la promoción de los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA.

Por su parte en el sistema interamericano, el Protocolo adicional a la Convención Americana de San Salvador de 1988 aprobado por ley N° 16519, impone a los Estados las mismas obligaciones que ya vimos en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales; contiene el elenco completo de los DESC; implementa mecanismos de informes periódicos ante el Secretario General de la OEA pero admite la potestad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de formular observaciones y recomendaciones sobre la situación de los DESC, previéndose exclusivamente la justiciabilidad para el caso de violación de los derechos sindicales (Art.8) y del derecho a la educación (Art. 13), mediante la aplicación del procedimiento de petición individual con la eventual intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A nivel del sistema europeo algunos de los derechos económicos, sociales y culturales se establecieron en la Carta Social europea (Art. 20 b) que entró en vigencia el 26 de Febrero de 1965; posteriormente en 1987 se aprobó un Primer Protocolo adicional que amplió el

---

<sup>10</sup> Cançado Trindade, Antonio, *La protección de los DESC en Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T. 1, San José, 1994, pág. 53.



espectro de derechos reconocidos y por último, en 1996 se aprobó la Carta Social Europea Revisada. El Convenio Europeo de Derechos Humanos fundamentalmente reguló los Derechos Civiles y Políticos y algunos DESC, como proyección de los Derechos Civiles y Políticos, han sido protegidos procesalmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Desde el punto de vista jurídico, en relación al concepto de los derechos económicos, sociales y culturales, pueden establecerse las siguientes características:

- 1- Son auténticos derechos aun cuando no hayan alcanzado el grado de exigibilidad judicial que tienen los derechos civiles y políticos
- 2- Los Estados tienen **la obligación esencial de adoptar las medidas necesarias, ya sea internas o a través de la cooperación internacional** hasta el máximo de sus recursos para lograr **progresivamente** la plena efectividad de los derechos.
- 3- Refieren en general a prestaciones materiales o servicios que satisfacen justamente, necesidades económicas, sociales y culturales de la persona humana.
- 4- Los Estados deben garantizar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales “sin discriminación”.

Sin embargo debe advertirse que el ejercicio pleno de algunos de los derechos económicos, sociales y culturales no depende exclusivamente de los recursos del Estado como es el caso del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos o de los derechos sindicales garantizados tanto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como en el Protocolo de San Salvador.

Asimismo los DESC se encuentran estrechamente vinculados con el derecho a la vida y el derecho a vivir. Gros Espiell señala que estos conceptos deben considerarse equivalentes, interdependientes y condicionantes<sup>11</sup>. Advierte este autor que en términos jurídicos se constata una evolución al pasar conceptualmente de una acepción restringida del derecho a la vida como sinónimo de la afirmación de

---

<sup>11</sup> Gros Espiell, Héctor, “El derecho a vivir y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado” en *Derechos Humanos y Vida Internacional*, Edit. UNAM, Comisión Andina de Juristas, 1995, pág. 141.

su inviolabilidad, a una idea amplia que le da al derecho a la vida no solo el carácter de presupuesto jurídico de todos los demás derechos, sino que le atribuye como contenido necesario el de integrarse con todos los derechos requeridos, cualquiera sea su naturaleza, para que el ser humano que vive pueda tener acceso a todos los bienes y servicios necesarios para que su existencia se desarrolle material, moral, espiritual y psíquicamente de manera acorde con la dignidad del hombre.

El derecho a vivir se refiere justamente a ese derecho síntesis que con un efecto inclusivo, recoge todos los derechos económicos, sociales y culturales que procuran la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano en relación a los bienes económicos y a las prestaciones sociales y culturales.

Hoy no podemos afirmar que el derecho a la vida se realiza plenamente por el solo hecho de vivir desde un punto de vista estrictamente biológico, sin considerar el cómo vive esa persona humana en la sociedad en virtud de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos.

Este sentido amplio también se recoge en el nuevo concepto de desarrollo sustentable proclamado en la Declaración de Estocolmo de 1986, que implica además del crecimiento económico, el acceso a la justicia y oportunidades para todos y toma en cuenta aparte de la protección ambiental, la protección de la vida y las opciones humanas, a fin de promover el desarrollo humano, esto es, la posibilidad de desarrollo de todas las capacidades humanas.

El derecho al desarrollo integra los llamados derechos de vocación comunitaria o derechos de tercera generación. Es un derecho que tiene una dimensión individual y colectiva complementando los derechos civiles y políticos así como los derechos económicos, sociales y culturales conformando el plexo integral de los derechos de la persona humana.

Por otra parte, resulta imperioso que el derecho al desarrollo se realice armoniosamente compatibilizando el objetivo de satisfacer equitativamente necesidades socio-económicas y preservar el medio ambiente para el desarrollo de las generaciones futuras.

Explícitamente la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río 1992) vincula el derecho al

desarrollo con los derechos económicos, sociales y culturales consagrando la obligación de los Estados y de todas las personas de cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible. La adopción de la Agenda 21 implicó para los Estados asumir compromisos políticos sobre conductas futuras, lo que tendrá trascendencia en el proceso de formación de las próximas normas jurídicas y también la decisión del fortalecimiento de las ONG, admitiendo su participación en todos los niveles, lo que constituyó un avance en el proceso de integración de la sociedad civil en la defensa de los intereses colectivos.

El PNUD ha trabajado en la estructuración del concepto de desarrollo humano sustentable entendiendo por tal, no sólo el crecimiento económico sino que también se pondera el acceso a la justicia, la protección de la vida humana, el desarrollo de las capacidades humanas y la protección del medio ambiente. En definitiva, en él mismo se combinan fundamentalmente el derecho a un medio ambiente sano y el derecho al desarrollo, pero éste último presupone necesariamente la plena vigencia de los DESC, ya que requiere la satisfacción de las necesidades básicas esto es alimentación, preservación de la salud, educación, vivienda, trabajo, y seguridad social.

Los indicadores del desarrollo humano creados por el PNUD (educación, salud, ingresos) muestran que no hay correlación lineal entre el ingreso *per cápita* y el bienestar general de la población (medido en indicadores básicos como mortalidad infantil, nivel educativo o expectativa de vida de la población). Esta no linealidad entre el PGB *per cápita* y el índice de desarrollo humano no es un contra-argumento fuerte ante el argumento de falta de recursos que pueden esgrimir los Estados. El hecho de que América Latina cuenta con la peor distribución del ingreso en el mundo, explica en parte la asimetría entre el progreso alcanzado en la realización de las dos categorías de derechos fundamentales<sup>12</sup>.

La confrontación con los datos de la realidad nos muestra un mundo intrínsecamente desigual y nos revela además el deterioro de

---

<sup>12</sup> CEPAL/IIDH, "La igualdad de los Modernos. Reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina", 1997.

las condiciones de vida de nuestras sociedades y, por lo tanto, una situación de regresión en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

- De los 4,400 millones de habitantes de los países en desarrollo, aproximadamente tres quintas partes no tienen acceso a agua limpia, una cuarta parte no tiene vivienda adecuada y una quinta parte no tiene acceso a servicios de salud modernos de ninguna clase.
- La brecha en conocimiento entre los que saben y los que no saben es aún más extrema que la distribución del ingreso, ya que el 96% de toda la investigación y desarrollo del mundo está concentrada en el 20% de los países más ricos.
- De acuerdo con el PNUD, la transferencia neta de los países subdesarrollados a los países ricos es de unos US\$ 5,500 mil millones por año.
- De las 100 unidades económicas más grandes del mundo, 51 son corporaciones transnacionales y 49 son países.
- 1,000 millones de personas tienen ingresos menores de US\$ 370 por año.

En nuestro país se han dado a conocer recientemente datos por el Gobierno Departamental de Montevideo sobre la situación social, que indican que 430,000 personas están por debajo de la línea de pobreza, entre ellos el 51% de los niños de 0 a 5 años.

Según información del Instituto de Alimentación de nuestro país, en el año 2001 se prestó asistencia alimentaria a 227.992 personas y en abril del año 2002, a 252,000 personas; al final del año pasado alcanzó a 280,000, lo que demuestra una tendencia progresiva que indica un compromiso grave de la necesidad básica de alimentación y del deterioro social. En materia de infancia, la población atendida por el INAME fue de 38,759 niños, niñas y adolescentes en el 2000, proyectándose para el 2003 la cifra de 53,649, y en el 2004 se prevé que llegue a 58,772.

La falta de promoción y garantía de los DESC tiene una manifiesta repercusión en el aumento de los índices de pobreza que se observan hoy en todo el mundo y compromete muy seriamente el futuro de las nuevas generaciones.

Desde el punto de vista social, la cultura de la pobreza genera un patrón de vida que pasa de generación en generación, un sistema de vida con modalidades propias y consecuencias distintivas en el ámbito social y que afecta psicológicamente a las personas influyendo en el grado de participación en la cultura nacional y convirtiéndola en una subcultura por sí misma<sup>13</sup>.

La falta de ingresos condena a estas personas a situaciones de marginación en las cuales se encuentran excluidas de los bienes necesarios para un goce efectivo del pleno de derechos que poseen como todo ser humano, afectando no sólo a los DESC sino también, a los derechos civiles y políticos.

Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de fecha 19/11/99 en el caso Villagrán Morales: “La privación arbitraria de la vida no se limita pues al ilícito del homicidio, se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. El proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana.” Afirmando además que una persona que en su infancia vive como en tantos países de América Latina en la humillación de la miseria sin menor condición siquiera de crear un proyecto de vida experimenta un estado de padecimiento equivalente a un muerte espiritual, la muerte física que a ésta sigue en tales circunstancias es la culminación de la destrucción total del ser humano.

El desafío que implica la defensa de los derechos humanos está vinculado necesariamente al deber de continuar un proceso evolutivo, esto es, nunca disminuir el sistema existente sino mejorarlo incrementándolo y haciéndolo más eficaz. En esta línea deben inscribirse todos los esfuerzos que provengan de distintas áreas, ya sea del ámbito social como del ámbito jurídico.

En realidad las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los DESC son diferencias de grado pero no sustanciales; si bien los DESC se caracterizan por denominárselos derechos-prestación, implican concomitantemente obligaciones de no hacer. Así, el derecho a la salud presupone el deber estatal de no dañar la salud, el derecho a la educación, el deber de no anularla; por lo tanto, los

---

<sup>13</sup> Lewis, Oscar, *Los hijos de Sánchez*, Edit. Grijalbo, México, 1984.

DESC al igual que los derechos civiles y políticos, comprenden un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado.

Lamentablemente el estado actual de los DESC nos muestra un cumplimiento no satisfactorio de la obligación estatal de garantizar la existencia de recursos efectivos para el desarrollo pleno de estos derechos; y por otro lado, los mecanismos de protección judicial habituales del Estado son idóneos porque están diseñados fundamentalmente para la protección de los derechos civiles y políticos.

No obstante, es importante señalar en relación al tema de la justiciabilidad formal que ésta no es un criterio absoluto para establecer la existencia de un derecho. Lo que ella otorga es un reforzamiento de protección al mismo, por lo que el hecho de que muchos derechos no hayan alcanzado ese nivel de protección, no amerita en el derecho internacional de los derechos humanos a sostener su inexistencia.

A nivel nacional e internacional, los Estados deben revisar sus políticas económicas jerarquizando el carácter instrumental de las mismas al servicio del hombre.

Si bien los Estados han desarrollado distintas políticas sociales, éstas no dejan de ser necesarias pero son insuficientes, por lo que deben rediseñarse a los efectos de obtener el mayor grado de eficacia en relación a la obtención de pleno empleo, mejores niveles de acceso a los servicios de salud, alimentarios y de educación, vivienda y seguridad social.

Los fenómenos de la flexibilización laboral, el desempleo y la realidad creciente del trabajo informal por fuera del sistema de cobertura estatal, han impactado profundamente en el mundo del trabajo, conformando un escenario extremadamente difícil para que las familias puedan mantener un nivel mínimo de bienestar y cumplir la función básica de integración social de las nuevas generaciones.

Resulta muy interesante el enfoque planteado en el estudio sobre el "Panorama de la infancia y la familia en Uruguay"<sup>14</sup> en el cual se afirma que el nivel de vulnerabilidad de personas y hogares a la

---

<sup>14</sup> Kaztman, Ruben y Filgueira, Fernando, *Panorama de la Infancia y la Familia en Uruguay*, Universidad Católica del Uruguay, 2001, pág. 25.

pobreza y exclusión social es función del grado de ajuste entre sus portafolios de activos (capital físico, humano y social) y los requerimientos de las estructuras de oportunidades que tienen su fuente en tres órdenes institucionales básicos de la sociedad: el Estado, el mercado y la comunidad.

Si bien estos tres órdenes son fuentes de oportunidades, el mercado posee un creciente dominio sobre el modo de funcionamiento de los otros dos órdenes aunque el Estado sigue siendo un agente clave en la estructura de oportunidades por ser el regulador del mercado y de la sociedad y por su rol vinculante entre las mismas<sup>15</sup>.

El neoliberalismo critica fuertemente el intervencionismo estatal y postula a su vez la creencia en el mercado como mecanismo clave para la realización de la libertad de cada persona y de la totalidad, siendo el mercado el que asigna los recursos escasos, propugna por lo tanto una filosofía individualista opuesta al espíritu solidario y a una visión comunitaria que jerarquizaba la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, y el rol conformador del Estado en esta tarea. Para los afiliados a la posición neoliberal, los DESC no pertenecen a la categoría de derechos.

Como dice Ibisate, el neoliberalismo “no se parece en nada al liberalismo económico clásico de los autores de economía política británica de los siglos XVIII y XIX. Antes bien, es un movimiento opuesto a los ideales, motivaciones y objetivos económicos y sociales que tuvo aquel. El término ‘neo’ añadido al del liberalismo, resulta de hecho equivalente a no liberalismo”<sup>16</sup>.

En esta misma línea de pensamiento crítico, Salvat advierte que el neoliberalismo representa un paradigma que termina negando el ideario normativo de la modernidad e impidiendo su realización cabal, que termina negando lo social, donde ni el Estado ni la política ocupan un lugar relevante<sup>17</sup>. Por ende, si no hay espacio propio y expresión para la razón política, para la determinación de aquello que puede considerarse de valor común, tampoco lo habrá para la

---

<sup>15</sup> Kaztman, Ruben – Filgueira, Fernando, Ob. citada.

<sup>16</sup> Ibisate, Francisco Javier, “El neoliberalismo no es un dogma de fe” en *Realidad Económica Social*, San Salvador, año V, Set. /Oct. 92, N° 29, pág. 486.

<sup>17</sup> Salvat, Pablo, Ob. Citada, pág. 70 y siguientes.

razón ética. Señala además claramente que ni la razón ética ni la razón política se mueven acordes a los cánones empírico-analíticos de la razón económica, luego no poseen legitimidad suficiente para presentar sus credenciales de un saber propio y validable de manera intersubjetiva.

En nuestra opinión, la concepción neoliberal pone en peligro la concepción humanista que impregna el Estado social de derecho y compromete seriamente el desarrollo pleno de la persona humana. Como dice Morales Basadre, “oponerse al neoliberalismo significa, más bien, afirmar que no hay instituciones absolutas capaces de explicar o conducir la historia humana en toda su complejidad; que el hombre y la mujer son irreductibles al mercado, al Estado o a cualquier otro poder o institución que pretenda imponerse como totalizante. Significa proteger la libertad humana, significa, en fin, denunciar las ideologías totalitarias, porque sólo han dado como resultado injusticia, exclusión y violencia cuando han logrado imponerse”<sup>18</sup>.

Según Ottone la propuesta de transformación productiva con equidad puede vincularse en términos culturales a un concepto de modernidad en que se intenta trascender los límites de la racionalidad instrumental pero en la que también se quiere romper el bloqueo impuesto por particularismos culturales replegados sobre sí mismos<sup>19</sup>. En este sentido comparte una visión crítica de la modernidad que busca conciliar la libertad individual y la racionalización modernizadora con la pertenencia comunitaria. En esta visión las identidades particulares no están destinadas a contraponerse a la modernización o transformación productiva. Por el contrario puede ser un factor importante para su construcción si logran operar como elemento de movilización consensuada y con vocación democrática .

En relación al rol instrumental que cumple el derecho y su relación con la persona humana, Gialdino señala acertadamente que

el hombre puede ser significado de muchas maneras pero, para el Derecho, es ante todo un ser digno. Es esta última la condición o

---

<sup>18</sup> Morales Basadre, Ricardo. S. J., “Modelos de Desarrollo y Educación en Derecho Humanos” en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T. IX, San José, 199, pág. 85.

<sup>19</sup> Ottone, Ernesto, *La Modernidad problemática*, documento de trabajo, N° 39, Mayo 1985, pág. 20.



calidad por la cual el derecho recupera aquellas esencias de la persona que le son precisas para poder hacer bien lo que le es propio regular la convivencia humana. Sólo la armonía entre dichas esencias y regulación, legitima a ésta e impone su obediencia. El derecho debe seguir al ser humano, debe servirlo (...) La persona humana esencialmente igual, sagrada, fraterna y llamada a la perfección, es la realidad que da significado en el orden jurídico a la dignidad humana<sup>20</sup>.

Si algo ha sido dañado es el lazo social que religa a los miembros de la sociedad entre sí, afirma Salvat<sup>21</sup>, por lo que nuestro horizonte como parte de una comunidad política tiene que apuntar a una reconstrucción del vínculo valórico/normativo a nivel local, nacional y mundial. Ello es condición fundamental para un desarrollo integral y ecológicamente sustentable.

Para esta tarea debe partirse, según este autor chileno, de tres principios fundamentales que trabajan una idea de la persona humana en cuanto ser con otros:

- a) El reconocimiento de todo otro como interlocutor válido en la génesis y conformación de decisiones.
- b) El reconocimiento a toda persona como sujeto de derecho e interlocutor válido pasa por crear condiciones crecientes de justicia en nuestras sociedades.
- c) El principio de responsabilidad común implica la consideración de las consecuencias de acciones y decisiones, no sólo en el corto, sino en el mediano y largo plazo.

Al Estado social de derecho se le plantea hoy el desafío de, encontrándose cercado por lo económico y exigiéndosele por la corriente dominante propugnar una posición neutral sin límites en la conformación del orden social y económico, cumplir cabalmente con sus obligaciones en materia de los DESC, a los que se ha comprometido en base al derecho interno y al derecho internacional. Para resolver este desafío, deberá tener bien presente que al comprometer gravemente la asignación progresiva de recursos y la

---

<sup>20</sup> Gialdino, Rolando, "Dignidad Humana y Derechos Humanos" en *Revista de Derechos Humanos de Cátedra*, UNESCO, N° 1, 2003.

<sup>21</sup> Salvat, Pablo, Ob. Citada, pág. 209.

instrumentación de políticas públicas en las áreas sociales, se está afectando indirectamente el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos y por lo tanto, la supervivencia del sistema político democrático, piedra angular de todo Estado de derecho.

No obstante las dificultades de la crítica situación que enfrentamos hoy en nuestro país y en la región en lo que refiere al ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales, es pertinente tener presente las palabras de Rodó en *Ariel* cuando alertaba sobre toda negación pesimista, que lo que a la humanidad importa salvar es la posibilidad de llegar a un término mejor por el desenvolvimiento de la vida, apresurado y orientado mediante el esfuerzo de los hombres. La fe en el porvenir, la confianza en la eficacia del esfuerzo humano, son el antecedente necesario de toda acción enérgica y de todo propósito fecundo.

Y es fundamentalmente a los poderes públicos que les compete, como enseña García de Enterría, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y faciliten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social<sup>22</sup>.

Asimismo Cançado Trindade, reflexionando desde la perspectiva del Derecho Internacional, sostiene que:

Los desafíos del siglo XXI no admiten tanta reserva mental y tampoco la actitud tan generalizada y cómoda de eximirse de examinar la cuestión muchísimo más difícil de la fuente material del Derecho Internacional contemporáneo. Esta cuestión no puede ser abordada desde una perspectiva positivista y haciendo abstracción de los valores y del propio fin del Derecho en el presente contexto, la protección del ser humano. El derecho internacional no se reduce en absoluto a un instrumental al servicio del poder, su destinatario final es el ser humano, debiendo atender a sus necesidades entre las cuales está la realización de la justicia. Es necesario el despertar de una conciencia jurídica universal para reconstruir en este inicio del siglo XXI el Derecho Internacional con base a un nuevo paradigma ya no más estatocéntrico sino situando al ser humano en posición

---

<sup>22</sup> García de Enterría, E., "La significación de las libertades para el Derecho Administrativo" en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1981, pág. 117.

central y teniendo presentes los problemas que afectan la humanidad como un todo<sup>23</sup>.

En sintonía con este espíritu, es que pensamos que la dignidad de la naturaleza humana exige que se asegure a cada miembro de la sociedad los medios indispensables para lograr el desarrollo integral de su capacidad, por lo que el accionar del Estado es imprescindible en aras de la protección del bien común. El tema social debe estar presente en la acción de todos los sectores, público y privado y en la definición de nuevas estrategias y políticas que permitan alcanzar un nivel de vida acorde a la dignidad de la persona humana.

---

<sup>23</sup> Cançado Trindade, Antonio, *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*.

## Las nuevas dimensiones de la igualdad\*

Ernesto Ottone\*\*

Nunca las relaciones entre los conceptos de ciudadanía, cohesión social e igualdad habían aparecido con tanta fuerza en la literatura sociológica, en el debate político y en las agencias de cooperación para el desarrollo. No es casual: vivimos en un mundo donde la cohesión y la igualdad social están en jaque ante las tendencias de la globalización y de la tercera revolución industrial, y la “marca democratizadora” de esta globalización, contra regímenes de facto y discriminaciones, pone en el tapete el tema de la ciudadanía.

Pero hay una relación contradictoria entre esos términos. Por una parte, la ciudadanía se convierte en el tema del día: a la democracia moderna acompaña una normatividad fuerte en derechos humanos. Se tiende a un orden extensivo de ciudadanos. Pero no ocurre lo mismo en materia de cohesión e igualdad sociales, donde los futurólogos extrapolan tendencias actuales y auguran un sombrío porvenir de desempleo tecnológico, debilitamiento de vínculos sociales, fractura del Estado nación y aumento en la brecha de ingresos<sup>1</sup>.

Por otro lado, en el campo de la ciudadanía surgen redefiniciones importantes, derivadas del fenómeno combinado de globalización y tercera revolución industrial. La era de la aldea global, como pronos-

---

\* Este texto corresponde al segundo capítulo del libro *Osadía de la Prudencia, un nuevo sentido del progreso*, autores Ernesto Ottone y Crisóstomo Pizarro, Brevarios del Fondo de Cultura Económica, Santiago, Chile 2003.

Los autores agradecen la importante contribución de Martín Hopenhayn en la elaboración de este capítulo. Parte de su contenido se incluye en Martín Hopenhayn y Ernesto Ottone (2000), *El Gran Eslabón*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires. Agradecen también la contribución de Luis Fidel Yáñez al tema de los derechos humanos y sociales.

\*\* Chileno. Sociólogo por la Universidad Católica de Valparaíso y Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad de París III. Actualmente es asesor principal del Presidente Ricardo Lagos en calidad de Director de Análisis Estratégico de la Presidencia de la República de Chile.

<sup>1</sup> Cohen (1998); Rosanvallon (1995); Rifkin (1996); Touraine (1997) y otros.

ticara McLuhan, privilegia en la economía el componente conocimiento-información; la política se torna mediática e impone otra imagen de lo público; la fluidez de la circulación del dinero, la información, las imágenes y los símbolos diluyen la idea de nación o de fronteras nacionales, y gana espacio el consumo material (de bienes y servicios) y simbólico (de conocimientos, información, imágenes, íconos). Dadas estas condiciones, se afirma incluso que estamos pasando de la identidad basada en el trabajo y la producción, a la identidad basada en el consumo y la comunicación.

Todos estos cambios alteran roles, hábitos y deseos, y también formas de ejercicio ciudadano que ya no se restringen a derechos y deberes consagrados constitucionalmente, sino que se expanden a prácticas cotidianas como la interlocución a distancia, el uso de la información para conquistas personales o grupales, la redefinición del consumidor y sus derechos y el uso del espacio mediático para devenir actor frente a otros actores. Las promesas de interacción a distancia y de información infinita coexisten paradójicamente con la tendencia a la exclusión, la pérdida de cohesión y la desigualdad en las sociedades nacionales, con un aumento de la brecha entre los recursos productivos de países industrializados *vis à vis* países en desarrollo. Los derechos sociales y económicos tienen dificultades para materializarse en compromisos reales entre el Estado y la sociedad, sobre todo con la fisura del Estado de Bienestar en Europa y sus réplicas parciales en países en desarrollo.

Por otra parte, la globalización conlleva mayor conciencia de la diferencia de identidad cultural, sea porque ésta se difunde en los medios de comunicación, sea porque hay culturas que reaccionan violentamente ante la ola de la “cultura-mundo” y generan conflictos regionales que a su vez inundan las pantallas. Aumentan así presiones y logros en materia de afirmación cultural, y las demandas por derechos sociales y económicos chocan con mercados laborales restringidos por el “fin del fordismo” pero también por los ajustes de economías nacionales abiertas al mundo.

Además, con el colapso soviético y la hegemonía del neoliberalismo, estamos saliendo de dos décadas de desprestigio de la igualdad como ideología y como valor. Después de la Guerra Fría y bajo un modelo que se pretendió único, pierde fuerza la bandera de la igualdad, se debilita el imperativo de los derechos sociales y tiende a imponerse una idea normativa de libertad en cuyo altar cabe

inmolar toda intervención estatal redistributiva. Los derechos civiles de autonomía frente al poder parecen así incompatibles con los derechos sociales, que requieren una intervención del Estado. La idea misma de Estado de Bienestar adquiere mala fama ante el ideal del sujeto económicamente libre y del individualismo posesivo. El principio de indivisibilidad de los derechos se ve golpeado así por los hechos y por la ideología.

Esta tendencia se ve menguada por sombrías perspectivas en cohesión social. Pero la pérdida de cohesión no sólo obedece a recientes tendencias al desempleo masivo, la exclusión del “mundo inteligente”, la brecha salarial y la concentración de riqueza. También hay tendencias que minan la cohesión social: la movilidad ocupacional, que socavó la solidaridad grupal; la movilidad geográfica, que socavó la solidaridad de barrio; la movilidad familiar, que socavó los núcleos familiares de protección, y la reciente recomposición de la política, que parece generar una ola de “desafección” ciudadana frente al sistema político.

Avanzar en derechos de tercera generación (económicos, sociales y culturales), en cohesión e igualdad sociales, no implica un retorno al comunitarismo premoderno. La globalización avanza con la tercera revolución industrial y resulta impensable un repliegue. Hay que pensar la complejidad que impone un ordenamiento global y una interdependencia en que dinero, bienes, información y activos de todo tipo circulan velozmente. Frente a la complejidad que tal circulación provoca, el reto es superar la fragmentación y acortar las brechas sociales mediante formas de cohesión e igualdad también complejas.

Una tesis en boga es que si se materializan como inalienables no sólo los derechos civiles y políticos, sino también los económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC), se puede avanzar hacia mayor integración social e igualdad. De allí que el reclamo por “más ciudadanía” no sólo pretenda *aggiornarla* en un mundo mediático y una sociedad del conocimiento, sino reflatar la idea del ciudadano portador de derechos inalienables. Por esta vía parece factible proveer fundamento ético a políticas sociales y de desarrollo que respondan al contenido de los DESC.

## Ciudadanía e igualdad social

En la democracia moderna la ciudadanía se ha entendido como la posesión de derechos inalienables de los sujetos que componen la sociedad política y como obligación de deberes y respeto de los derechos de los demás. Los denominados derechos civiles limitan la acción del Estado y garantizan la libertad de las personas en materia de exclusiva soberanía de las mismas. Los derechos ciudadanos también incluyen el derecho de incidir políticamente, delegando representatividad o compitiendo por el poder político. Así los derechos humanos se extendieron desde las libertades fundamentales al derecho de sufragio, a elegir y ser elegido para cargos de representación política. Además y como expresión de los derechos humanos, las legislaciones modernas incluyen los denominados derechos económicos y sociales. Observamos también una creciente conciencia acerca de la importancia que debe concederse a los derechos relacionados con el desarrollo y libre expresión de la vida cultural. Estos derechos responden a valores de igualdad, solidaridad y no discriminación. En virtud de ellos y en cuanto expresión de derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes con los civiles y políticos, los ciudadanos pueden llegar a disfrutar efectivamente de derechos básicos de carácter social, económico y cultural. Entre ellos se ha reconocido y consagrado, entre otros, los derechos al trabajo, a un nivel de vida adecuado, a la salud, la alimentación, el vestido, la vivienda, la educación y la seguridad social<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Al formular su crítica a la visión de Marshall sobre la evolución de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales, Ferrajoli ha insistido en la necesidad de distinguir entre derechos humanos y derechos del ciudadano. Se trata del hecho contingente de la consagración o no por parte del derecho positivo de los llamados derechos humanos. La legislación positiva puede no ser tan extensiva hasta el grado de reconocer toda la amplia gama de los derechos humanos a todas las personas. También es muy relevante diferenciar entre los derechos de libertad, definidos como derechos/expectativas negativas, que establecen prohibiciones para los poderes públicos, y los derechos sociales, definidos como derechos/expectativas positivas, que establecen deberes de prestaciones de los poderes públicos. Esta segunda distinción sería de una naturaleza estructural y no contingente. Los derechos expectativas comprenden la libertad personal, política, de pensamiento, de opinión, de prensa, religiosa, a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, a la intimidad, las garantías procesales y el *habeas corpus*. Los derechos de libertad están virtualmente en conflicto con el Estado y también con el mercado. A diferencia del derecho de propiedad y de todos los derechos patrimoniales, no son transables, son inalienables. Los derechos de libertad representan un límite a los poderes públicos y al mercado. Los derechos sociales que consisten en expectativas positivas correlativas de

Los DESC imponen al Estado el impulso de políticas para promoverlos entre quienes no los poseen. El Estado decide y regula entonces la necesidad de incrementar redistribuir y organizar los recursos de modo más eficiente, sobre todo en beneficio de grupos o personas que, por sus condiciones desiguales y desventajosas de inserción social, tienen menos posibilidades de ejercerlos. Para lograr la plena vigencia y universalidad de los DESC en las sociedades nacionales, los Estados tienden a buscar formas que reduzcan las desigualdades de origen y las dinámicas que las refuerzan.

Los derechos ciudadanos, considerados en su totalidad, constituyen un límite a la autoridad del Estado y a la acción del mercado. En el primer caso, porque los derechos civiles y políticos prescriben campos inalienables de autonomía (que no deben someterse a la coacción del Estado), y prescriben también derechos de participación y representación en la vida política. En el segundo, porque los desproscriben niveles de desigualdad que el mercado, en su libre funcionamiento, puede generar o reforzar, toda vez que esas desigualdades inhiban el pleno ejercicio de dichos derechos en los sectores más desfavorecidos por la dinámica del mercado.

La “ciudadanía social” no es secundaria en relación con la ciudadanía civil o la ciudadanía política. Desde el punto de vista ético los derechos son indivisibles y no jerarquizables. Desde el práctico, la ciudadanía social puede promover mayor ejercicio de derechos civiles y políticos. En la medida que los DESC prescriben,

---

deberes positivos, de prestaciones obligatorias, son aquellos donde es más deficiente la elaboración jurídica de garantías constitucionales y financieras efectivas para su cumplimiento. Su tutela es menos simple y eficaz que la de los derechos/expectativas negativas correlativas al deber de los poderes públicos de no hacer, de prohibir. Los derechos sociales, en cambio, imponen a las autoridades el deber de dar cumplimiento a las prestaciones definidas como obligatorias. Sin embargo, la violación de los derechos sociales no asume el carácter de actos inválidos desde el punto de vista legal, administrativo y judicial. No son objeto de anulación jurídica. Su violación representa una carencia de los actos requeridos para su reconocimiento real. Este exigiría modalidades de coerción que no existen o si las hay son difíciles de llevar a la práctica. La realización de estos derechos plantea problemas económicos y políticos. Su tutela requiere de ingentes recursos financieros y una mediación burocrática que puede generar discrecionalidad, clientelismo y hasta corrupción. Ver Luigi Ferrajoli, en “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil* (1999), Trotta, Madrid, pp. 97-125.



como deber estatal, promover mayor integración a trabajo, educación, información, conocimiento y a redes de protección e interacción sociales, permiten mejorar la capacidad ciudadana para participar en instituciones políticas, en el diálogo público, asociaciones civiles e intercambio cultural.

En síntesis, si la ciudadanía se define por la posesión de ese conjunto de derechos, una sociedad de ciudadanos implica un límite a la coacción y a la desigualdad. Los derechos civiles y políticos exigen Estados de Derecho vigentes y formas de participación y representación políticas que permitan opciones a todos los que quieren participar de la vida pública y de los procesos decisorios. Los DESC, por otro lado, dependen para su realización del nivel de bienestar social que se pueda lograr según la productividad media de una sociedad y la capacidad del Estado para incidir, directa o indirectamente, sobre el reparto de recursos.

Hay tres consideraciones que sitúan mejor los desafíos actuales de la ciudadanía en relación con la igualdad. La consolidación de la democracia, junto a la necesidad de “relanzar el desarrollo”, otorga especial importancia a la concertación política entre diversos actores para enfrentar el futuro, con proyectos de desarrollo sostenible. La fuerza de esta idea concertacionista sitúa en primer plano los derechos de segunda generación, que habilitan para participar en decisiones y proyectos desde la política y el Estado. Pero a la vez son claras las limitaciones del “concertacionismo” si se trata de incorporar a una mesa de diálogo público a sectores que no “agregan” sus demandas ni operan con las nuevas “lógicas” de la política y la administración pública.

Si la institucionalización de la democracia tiende hoy a girar en torno a una concertación ampliada, esto contrasta con la falta de presencia pública y de acceso a decisiones de una parte importante de la población. No acceden al diálogo público sectores marginados del desarrollo productivo, periféricos en la red territorial y poco representables por los partidos políticos.

Por otro lado, emergen movimientos que son nuevas formas de reclamar derechos y ejercerlos. Los movimientos sociales de grupos que no acceden al poder del Estado ni se sienten representados por el sistema político afectan más al espacio público cuanto más se vinculan con la ciudadanía: la resonancia de estos movimientos es

mayor si su mensaje se relaciona con el reclamo por derechos postergados, como pueden ser los derechos a tierra, justicia, lengua, transparencia pública o protección social. Es el caso de los movimientos por los derechos humanos y los desaparecidos, marchas contra el hambre y la corrupción, movimientos contra la discriminación y el abuso de mujeres y de niños, etc.

En segundo lugar, el acceso desigual a la justicia según la condición social también plantea un problema de derechos humanos y tiene múltiples facetas: la falta de confianza ciudadana en organismos de justicia, protección y seguridad; las deterioradas condiciones carcelarias y las demoras de procesos penales; la falta de acceso a una defensa justa de jóvenes de bajos ingresos y, en muchos casos, su permanencia bajo arresto por la postergación de sus procesos, y la percepción de impunidad que se tiene acerca de algunos sectores cuyos delitos van desde la violación a los derechos humanos hasta la corrupción y el narcotráfico.

En esto, los jóvenes de poblaciones populares constituyen un segmento vulnerable. Variables de edad, sociabilidad y precariedad de acceso a la justicia los llevan a percibirse ciudadanos de cuarta categoría. Y surge una reacción de escepticismo respecto de la ecuanimidad del sistema judicial, con las conductas consiguientes: trasgresión a la ley, búsqueda de “atajos” para procurar lo que se requiere, re-socialización en la cultura del delito, asunción de la justicia en las propias manos, etc. Es claro el efecto disruptivo que tiene este aspecto.

La tercera consideración es que las cuentas pendientes en materia de igualdad de derechos sociales y oportunidades para todos no impiden que surjan nuevas formas de ciudadanía en sociedades de “información”, de “gestión” y de “informatización”. En esta óptica, el ejercicio ciudadano ya no se remite sólo a disponer de derechos políticos, civiles y sociales, sino también a participar en condiciones de mayor igualdad en el intercambio comunicativo, en el consumo cultural, en el manejo de la información y en el acceso a espacios públicos. Un “ciudadano” en una sociedad de la información y de la gestión es el que dispone de conocimientos y de bienes necesarios para participar como actor en los flujos de información, en la circulación de conocimientos y en el diálogo mediático y para adaptarse a nuevos procesos de gestión y organización.

Para desarrollar estas potencialidades hace falta distribuir activos que se pueden adquirir en distintas fuentes de producción y difusión de conocimientos: expresión de demandas y opiniones en los medios de comunicación y aprovechamiento de su flexibilidad; manejo de códigos y destrezas cognoscitivas de la vida moderna para adquirir información estratégica en función de proyectos propios; manejo de posibilidades comunicativas y ejercicio de derechos para defender su diferencia cultural y desarrollar su identidad de grupo o de territorio, y capacidad organizativa y de gestión para adaptarse a situaciones de creciente flexibilización en el trabajo y en la vida cotidiana y hacer respetar sus proyectos vitales. Junto a la demanda de vivienda, de atención en salud y de diversificación del consumo, se agrega la demanda de información, de conocimientos útiles, de transparencia en las decisiones, de mejor comunicación en la empresa y en la sociedad y de mecanismos de visibilidad pública e interlocución con otros.

En este nuevo campo de ejercicio de la ciudadanía, el protagonismo depende de la disposición de conocimientos y técnicas, y del acceso a redes, flujos, proyectos “competitivos”, etc. Según esto, la progresiva centralidad del conocimiento y la educación para el desarrollo inciden en la dinámica de un orden democrático, pues la base material y simbólica de las democracias ya no descansa exclusivamente en un tipo de economía o de institucionalidad política, sino también en el uso ampliado del conocimiento, la información y la comunicación. En este marco, los códigos de modernidad permiten mayor capacidad de adaptación a escenarios productivos, mayor intercambio en la sociedad y acceso más igualitario a la vida pública. *Aggiornaria* el viejo anhelo de la modernidad ilustrada: construir ciudadanos, formar recursos humanos productivos y promover el desarrollo de la persona autónoma. El desafío no es fácil: vivimos a medio camino entre el subdesarrollo y la sociedad de la información y el conocimiento. No podemos soslayar ni las formas históricas ni las emergentes de la ciudadanía. Pero si aspiramos a formar parte activa del mundo globalizado en materia de competitividad económica y de comunicación y presencia cultural, no podemos postergar la formación de las capacidades necesarias para el desempeño eficaz en la sociedad del conocimiento<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> CEPAL-UNESCO han definido los códigos de la modernidad como “el conjunto de conocimientos y destrezas necesarios para participar en la vida

### **Brechas y paradojas entre la integración simbólica y la desintegración material**

Nuestro desarrollo, desde la segunda posguerra hasta fines de los setenta, ha asociado la integración social a procesos virtuosos en que los grupos sociales acceden a las dinámicas y beneficios del progreso. En integración habrían confluído varios fenómenos: participación de la población activa en empleos modernos, más productivos y con mejor salario; acceso a mejor educación y a mayores posibilidades de movilidad socio-ocupacional; poder de consumo más difundido y acceso a una gama creciente de bienes y servicios; mejor inserción territorial, vale decir acceso a vivienda y hábitat de calidad y a asentamientos conectados con la infraestructura moderna, y acceso institucionalizado a servicios de salud y seguridad social.

Se consiguió, en promedio, alta y sostenida tasa de crecimiento, con saltos positivos en escolaridad, urbanización, reducción del tamaño de la familia, acceso a servicios básicos, participación en el consumo y acceso a medios de comunicación. Si consideramos indicadores de bienestar como los utilizados por el PNUD en sus Informes de Desarrollo Humano, llegamos a un balance positivo: los niveles educativos, la expectativa de vida y los niveles medios de ingreso tuvieron resultados auspiciosos en treinta años de crecimiento. Pero otros indicadores atemperan esa visión: distribución del ingreso, siempre bajo el promedio mundial; inestabilidad política y debilidad del sistema democrático; alto nivel de heterogeneidad estructural y persistencia de altas tasas de informalidad laboral y de marginalidad habitacional debido a la urbanización acelerada; persistencia de un amplio contingente de pobres y formación de subculturas impermeables a la modernización.

Nunca se logró la plena integración social, y en esto conviene evitar la mistificación del pasado. Más aún, las tendencias históricas

---

pública y desenvolverse productivamente en la sociedad moderna.” [Capacidades que] “suelen definirse como las requeridas para el manejo de las operaciones aritméticas básicas; la lectura y comprensión de un texto escrito; la comunicación escrita; la observación, descripción y análisis crítico del entorno; la recepción e interpretación de los mensajes de los medios de comunicación modernos, y la participación en el diseño y la ejecución de trabajos en grupo.” (CEPAL/OREALC 1992, p. 157.) Cabe agregar aquí destrezas emergentes como uso de computadoras, manejo de redes a distancia, capacidad de adaptación a nuevas formas de organización, capacidad de gestión, y otras.

se truncaron parcialmente por la crisis del modelo sustitutivo y por la adaptación traumática a la apertura económica. De otra parte, la década perdida impactó duramente la condición social de los grupos más pobres y también de buena parte de la clase media. Pese a la parcial recuperación observada en la última década, la distribución del ingreso apenas ha mejorado.

Por otra parte, no ha desaparecido la informalidad laboral, apoyada en ingresos bajos y baja capitalización, y se constituye en sector que absorbe masas de trabajadores que van quedando al margen de la modernización productiva o a jóvenes con baja capacitación que ingresan al mercado del trabajo; el sector rural tradicional se torna cada vez más marginal respecto del resto, y la sociedad se fragmenta por la acumulación de estos fenómenos, con impactos inquietantes en términos de inseguridad ciudadana, apatía política e incremento de la violencia.

Junto a estos rasgos, hay elementos alentadores. Disminuyen la morbilidad y la mortalidad infantil. La educación presenta más problemas de calidad que de cobertura, lo cual implica que ésta ha aumentado, de modo que cobran más relieve otros desafíos educativos. La difusión de los medios de comunicación permite que la gran mayoría esté mejor informada y tenga mayor acceso a la producción cultural y al debate político. Hay más conciencia y vigencia de los derechos civiles y políticos, mayor valorización del pluralismo político y cultural, y el tema de la ciudadanía y de los derechos sociales y culturales adquiere renovados bríos.

Conviven optimismo y pesimismo. Hay desencanto ante el colapso de proyectos nacionales que poblaron el futuro y el imaginario colectivo con expectativas de integración social. A diferencia de los tiempos del desarrollismo y del proyecto socialista, nada hay en la agenda política y en la visión de futuro que lleve a pensar en un rápido cambio en materia de integración social. No se resuelve automáticamente la desigualdad con indicadores económicos exitosos, persiste la informalidad laboral, la marginalidad y sub-culturización se consolida en las ciudades grandes e intermedias, parece aumentar la vulnerabilidad física y social de numerosos contingentes, la violencia se incrementa en los hechos y en la percepción ciudadana, crece la desafección política y se hace cada vez más difícil adherir a valores compartidos o a redes de apoyo mutuo. Todos ellos son indicadores de merma de cohesión social.

Pero en cambio circulan discursos en que se redefine una inserción social al alcance de cualquiera: formas de gestión en los niveles micro y macro para el gerente de una gran empresa o para la microempresa; nuevos medios de información y comunicación, que pueden hacer de cada cual un ciudadano activo, emisor de mensajes y productor de información; reivindicación del capital social y “empoderamiento” de la comunidad, mecanismos claves de desarrollo social y “gerencial” de grupos carenciados<sup>4</sup>; valoración de la diversidad cultural que hace de todos, o de cada grupo, un aporte único al tejido societal; eficiencia y focalización en políticas sociales para optimizar la inversión en los más desprotegidos; reformas administrativas que acercan nivel central y nivel local y el *policy-making* a la comunidad. La inserción social parece consagrada en este discurso que va colocando en un mismo mapa la euforia de las nuevas tecnologías, los emergentes criterios de ingeniería y gestión sociales, las virtudes expansivas de la competitividad “sistémica” y la adhesión a valores del pluralismo (democracia política, cultural y de género).

A esta paradoja entre ánimos apocalípticos y entusiastas se suma otra: la brecha entre integración simbólica y desintegración material. La modernización pone en tela de juicio la imagen clásica de integración social. Los mitos del desarrollo y la modernización, hasta los años setenta, asociaban estrechamente la integración simbólica y la material. El acceso a vivienda, empleo moderno con ingreso creciente, servicios de salud e infraestructura urbana se asociaba a mayor participación política, interconexión cultural y educación formal. La sociedad de masas anunciaba la sincronía entre ampliación del consumo y socialización de todos en la lectura y la escritura, información actualizada y uso “opinante” de espacios públicos.

Este vínculo en el imaginario del desarrollo hoy está roto, o más bien atrofiado, del lado de la integración material y muy acrecentado por el lado del consumo simbólico. De una parte, el bienestar social no se difunde en grado proporcional al crecimiento económico, el número de pobres no acaba de disminuir y el consumo se estratifica al ritmo en que se diversifica; pero se expande el acceso a bienes simbólicos que proveen la educación formal, la televisión y la

---

<sup>4</sup> El neologismo empoderamiento viene del inglés *empowerment*.

información actualizada. Si la globalización acelera la circulación del dinero y de las imágenes por vía de la microelectrónica, lo cierto es que el dinero circula concentrándose y la imagen diseminándose. La globalización impacta así sobre las sociedades nacionales exacerbando simultáneamente su segmentación social y su apertura comunicacional, y alterando fuertemente expectativas y patrones de comportamiento.

El individuo medio de una sociedad periférica se ve obligado a disociar entre un menú de consumo simbólico y otro, restringido, de acceso y participación en el progreso material. Lejos parece la reconciliación, que se esperaba de la modernización clásica, entre integración material (por distribución de los beneficios del crecimiento) y simbólica (por la política, la educación y los medios). Pero contamos con infinidad de opciones de gratificación simbólica. La caricatura del día sitúa manos vacías junto a ojos colmados con imágenes del mundo.

¿Significa esto más desintegración u otra dosificación de los componentes de la integración social? La pobreza no disminuye, pero sí aumentan la matrícula escolar, la densidad de televisores y computadores (los primeros, en casi todos los hogares pobres; los segundos, expandiéndose desde la clase alta hacia la media), la libertad política y de valores y las expectativas de consumo. La brecha entre desintegración “dura” (material) e integración “blanda” (simbólica) alimenta la convivencia de desencanto y entusiasmo. Se critica la segmentación social, pero la defensa de la diversidad cultural despierta adhesiones. La informalidad laboral es un factor estructural de reproducción de la pobreza, pero hablamos de autogestión y “acceso a destrezas estratégicas” que los nuevos tiempos pueden poner al alcance de todos. A la vez que la integración social material parece agotar todos sus viejos recursos, nuevos ímpetus de integración simbólica irrumpen desde la industria cultural, la democracia política y los nuevos movimientos cívicos. Llámese intercomunicación a distancia, apertura de espacios públicos o autodeterminación de sujetos sociales, lo cierto es que parecen darse de muy diverso modo nuevas formas de integración simbólica.

Señales auspiciosas y dramáticas se interfieren. Si bien el floreciente complejo cultural industrial parece prometer nuevos ímpetus de integración simbólica, éstos se estrellan contra el muro

opaco de la distribución no equitativa de bienes, servicios, activos y conocimientos. De una parte, el abaratamiento de nuevos bienes y servicios de la industria cultural, y su ductilidad para penetrar distintos ambientes se alza como promesa de mayor integración; pero, por otra parte, las nuevas formas de analfabetismo cibernético amenazan amplios contingentes de niños y jóvenes latinoamericanos que no acceden a ninguna forma de informatización.

En el campo de la transmisión de saberes hay una diversificación de acceso a la educación y el conocimiento. Pero esta nueva forma de canalizar talentos en formas socialmente reconocidas se estrella contra otro muro: la estratificación social de la calidad de la educación, lo que abona el terreno para visiones sobre un futuro más injusto y desigual. Pero al mismo tiempo existe la posibilidad contraria, pues los nuevos desarrollos tecnológicos, si se combinan con una efectiva expansión de la ciudadanía, pueden ser aprovechados para enriquecer el trabajo, generar más conexión entre segmentos socioeconómicos y actores socioculturales y orientar los saltos en productividad con criterios de promoción social.

La nueva utopía del conocimiento no es casual ante el vacío que ha dejado el imaginario del desarrollo y la brecha entre integración simbólica e integración material. Por un lado, la difusión del acceso a conocimientos pertinentes permite distribuir socialmente la competitividad potencial de las personas, con lo cual aumenta la competitividad agregada de una sociedad y la equidad en el beneficio material que dicha competitividad conlleva. Por otro lado, y en la medida en que este acceso supone “recepción activa” y “discernimiento crítico” de los educandos, permite que las nuevas generaciones se incorporen a la modernidad con mayor conciencia de la propia identidad. ¿Utopía *aggiornata* de una modernidad democrática, justa e ilustrada? Lo cierto: sobre la educación y el conocimiento recae, en gran medida, la esperanza de conciliar la competitividad económica, la equidad social y el aprendizaje del ejercicio de la ciudadanía moderna.



### **Igualdad compleja y derechos económicos, sociales y culturales**

En este marco de mayor desigualdad material y mayor integración simbólica, cabe pensar si esta asimetría impacta el nivel de integración y cohesión sociales. Según la tesis funcionalista tradicional, se puede pensar que la brecha entre baja integración material y alta integración simbólica genera una crisis de expectativas que puede erosionar la cohesión social. En otras palabras, la exposición constante a la publicidad mediática, sumada a más años de educación y mayor conciencia de las propias capacidades y derechos, provocan mayor expectativa de movilidad social, consumo y bienestar material. Esta asimetría entre conciencia y posibilidades reales genera frustración y crisis de expectativas, lo que implica mayor conflictividad. Por otra parte, esta asimetría prueba todo lo contrario: la integración simbólica “compensa” la fuerte desigualdad de acceso a bienes materiales. Esta idea cabe en un concepto en boga, la “igualdad compleja”: las desigualdades no se darían homogéneamente en todos los terrenos. Así, por ejemplo, en la educación y en el consumo de medios de comunicación no se reproduce, al menos en el mismo grado, la brecha de inequidad que sí se da en ingresos y gastos familiares. Igualdad compleja significa que no somos “igualmente desiguales” en todo, y que por lo mismo se abren campos menos desiguales desde donde remontar la desigualdad en los campos más críticos. De modo que si en educación y consumo cultural (de los medios) se democratiza el acceso a información y conocimiento, esto capacita a sectores de menores ingresos para competir luego, con posibilidades de movilidad, en subsistemas más estratificados como el mercado del trabajo y del poder.

La igualdad simbólica sería proactiva, medio privilegiado para mayor igualdad material. Siguiendo a Walzer, la igualdad se fundaría en la asimetría entre acceso a bienes materiales y a bienes simbólicos. La idea de Luhman y Habermas según la cual las sociedades se componen cada vez más de subsistemas relativamente autónomos, permite pensar en esta noción de igualdad compleja y desde allí “positivizar” la brecha entre alta integración simbólica y baja integración material. Lo que justifica invertir para reducir

desigualdades donde mayor impacto sistémico puede tener la inversión: donde puedan darse círculos virtuosos entre subsistemas<sup>5</sup>.

Pero hay objeciones a la idea de igualdad compleja. Se arguye, por ejemplo, que los más pobres por ingreso y empleo productivo son también los menos provistos de capital simbólico: tienen menos años de escolaridad<sup>6</sup>, menos acceso a nuevos medios de comunicación (sobre todo interactivos), a interlocución y poder públicos, a redes de promoción social y profesional. Resultaría necesario no sólo el reclamo de equidad (mayor igualdad de oportunidades), sino de igualdad en sentido amplio: la igualdad de oportunidades no parece suficiente para lograr una sociedad más igualitaria, y hacen falta políticas que compensen a los menos meritorios para lograr niveles aceptables de igualdad de resultados. La igualdad compleja implica, normativamente, intervenir en diversos eslabones donde se generan desigualdades, y no sólo en el impulso “al inicio”. El solo mérito, como factor de movilidad social, generaría movilidad descendente y reproduciría la desigualdad de oportunidades. De allí la necesidad de políticas de compensación en la “desigualdad de trayectorias” y no sólo de oportunidades al inicio.

Ahora definimos la exclusión como la situación en que se padecen inequidades en diversos subsistemas de la sociedad, desde ingresos laborales hasta educación y desde acceso al conocimiento hasta acceso a servicios básicos. De modo que la igualdad compleja pertenece a sociedades que padecen desigualdades sistémicas. Cabe interrogarse, entonces, por la relación entre ciudadanía y exclusión. Porque si la ciudadanía incluye el pleno ejercicio de derechos civiles, políticos y DESC, y si por otro lado se le incorporan los nuevos modos de interacción del mundo mediático y las nuevas formas de gestión y asociación, ¿no cabe suponer que los excluidos lo son también de la mayor parte de los derechos ciudadanos y del ejercicio moderno de la ciudadanía? ¿No son los excluidos quienes tienen menos posibilidades de participación política, de visibilidad en el espacio público, de acceso a ingreso y empleo digno, de educación

---

<sup>5</sup> *V. gr.* el impacto de la igualdad educativa para democratizar opciones en el mercado aboral.

<sup>6</sup> Ver capítulo uno.

de calidad y buenos servicios sociales, de información oportuna como usuarios de servicios y como consumidores, y de formar parte activa en las redes electrónicas?

Si se entiende la libertad no sólo en sentido negativo, como ausencia de coacción, sino también en sentido positivo, como poder para orientar la vida personal según deseos y proyectos propios, y si se entiende la igualdad en el sentido proactivo que ha planteado por ejemplo Amartya Sen, para quien se mide menos en distribución de ingresos y más en capacidad para concretar un proyecto de vida elegido, ¿no estarían los excluidos privados simultáneamente de libertad positiva y de igualdad? Y si la libertad y la igualdad son dos caras de la ciudadanía (conforme lo prescribe la posesión de derechos civiles, políticos y DESC), las definiciones previas nos indican que el tradicional “*trade-off*” entre igualdad y libertad no sería tal, y que la igualdad (como distribución de capacidades), es condición para el ejercicio “positivo” de la libertad (como poder para realizar proyectos propios).

La exigibilidad de los derechos sociales como condición de ciudadanía apunta a posibilitar esa forma complementaria de igualdad y libertad. Por una parte, “la razón de ser de los derechos sociales como a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la salud, es una razón igualitaria”, pues “los tres tienden a aminorar la desigualdad entre quienes tienen y quienes no tienen, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento o condición social”<sup>7</sup>. Por otra parte, la indivisibilidad de los derechos permite transitar de la libertad negativa (derechos civiles, que proscriben excesos de coacción), a la libertad positiva (derechos políticos y DESC, que capacitan para decidir sobre condiciones que inciden en la propia vida).

Pero la exigibilidad de los DESC también depende de recursos para su ejercicio. A diferencia de los derechos civiles, que obligan al Estado a no intervenir en ámbitos de competencia de los sujetos de la sociedad política, y de los derechos políticos, que se vinculan con un orden democrático-representativo, la realización de los DESC está ligada, al menos en parte, al desarrollo económico. Por lo

---

<sup>7</sup> Norberto Bobbio, (1999). *Autobiografía*, Taurus, Buenos Aires, p. 151.

mismo, su exigencia no es inmediata y absoluta, sino dinámica y gradual. El reconocimiento y la protección efectiva de los DESC no ocurren espontáneamente. Los DESC conjugan una normatividad general con demandas concretas que la sociedad, o sectores de ella, plantean al Estado: mejores condiciones de trabajo, de educación, de acceso a la salud y a la vivienda, etc. El desarrollo económico genera recursos que permiten dar respuesta a estas demandas y cumplimiento a los DESC. Para ello, parte de los recursos adicionales que genera el crecimiento debe destinarse a su plena vigencia, pero también a la organización más eficiente de los servicios que canalizan esos recursos en beneficio de los grupos más afectados por la desigualdad general.

### **Cohesión e igualdad sociales**

Como plantea Max Weber, la pérdida de cohesión social es un problema intrínseco a los procesos de modernización. La movilidad socio-económica, ocupacional y geográfica, la *ratio* económica y la complejidad de los sistemas sociales, la secularización cultural y la pérdida de arraigo en la tradición, corroen la cohesión social. Frente a ello, la política y el Estado han sido fundamentales para construir formas “modernas” de cohesión: mediante un nuevo pacto social Providencia, crucial en la distribución de la riqueza y en la provisión de empleo, o mediante códigos de comunicación y de interacción compartidos gracias a la educación universal y a los medios masivos de comunicación.

Pero el escenario global también muestra que se erosionan las formas modernas de cohesión social. Las razones son múltiples: a) la crisis del Estado Providencia o planificador y su dificultad para garantizar bienestar y promover empleo; b) la dilución de fronteras nacionales y las dificultades que enfrenta el Estado nación para mantener clara identidad colectiva; c) la estratificación del acceso al conocimiento y a educación de calidad; d) el avance en la secularización de valores y diversificación de estilos de vida por la apertura a un intercambio intenso y extenso de imágenes y mensajes; e) los efectos corrosivos de la tercera revolución industrial, que abren la brecha entre incluidos y excluidos, amenazan con grandes contingentes de desempleados tecnológicos, refuerzan con otros contenidos la división internacional del trabajo y promueven un

modelo de trabajador inteligente pero individualista; f) la brecha entre la expansión “democratizadora” de imágenes del mundo vs. la expansión concentradora del dinero, que produce una crisis de expectativas de resultado imprevisible, y g) el efecto de dos décadas de hegemonía neoliberal con una cultura económica que privilegia lo privado sobre lo público, lo individual sobre lo colectivo y el beneficio personal sobre la solidaridad social.

Pero también en el sector de más recursos se observan actitudes contrarias a la cohesión social: las élites se excluyen de la vida ciudadana y se refugian en territorios cerrados; no interactúan con otros grupos, salvo como empleadores o ejecutivos; generan y pagan sus propios sistemas educativos, priorizan vínculos con pares de otros países y no se vinculan con la sociedad propia.

Recuperar el espacio público, como lugar de encuentro donde se ejerce igualdad simbólica y aprendizaje en la diferencia, es básico para romper exclusiones de arriba y de abajo. El objeto de algunas políticas pasa entonces de lo social a lo público. En lo público se encuentra sentido de pertenencia que no se encuentra en políticas sociales. Pero al mismo tiempo se requiere de políticas focalizadas y compensatorias para reducir las brechas sociales y paliar la pobreza. Importa el equilibrio entre ambos campos de intervención. Los ámbitos de intervención en el espacio público son muchos y cabe mencionar: la rehabilitación del uso de territorio y de la ciudad; el uso de bienes públicos apreciados en función de la comunidad; políticas para aumentar la seguridad y neutralizar la violencia; políticas modernas en educación pública; sistemas sanitarios eficientes y confiables; defensa del medio ambiente y de grupos culturales minoritarios.

El rescate del espacio público es parte de la extensión de la ciudadanía, como la reducción de la desigualdad. Hoy parece oportuno priorizar la ciudadanía social por su relación con la equidad y el auge de derechos civiles y políticos de la última década. No sólo tenemos democracia política en proceso de consolidación, sino una cultura democrática que aumenta e incluye el respeto a los derechos civiles y políticos. Así “no es extraño [...] que la atención tienda a trasladarse hacia las garantías a los *derechos de equidad* dirigidos a lograr una ciudadanía extendida en la que, además del respeto a los

derechos civiles y políticos, los ciudadanos puedan gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales”<sup>8</sup>.

Pero la misma pérdida de cohesión social genera conciencia sobre la necesidad de revertir esto. Quienes alertan sobre desintegración social claman hoy también por el ejercicio de ciudadanía extensiva; es una vasta gama de actores, como gobiernos, academia, organizaciones sociales y ONG’s, movimientos culturales, Iglesias, organismos internacionales, etc. La euforia privatizadora está en fase de reflujo, en búsqueda de equilibrio entre los roles del Estado, del mercado y de la sociedad. La preocupación por “más sociedad” y no tanto por “más mercado” ilustra este reflujo en que se empieza a valorar la cohesión social y la extensión de la ciudadanía tanto como la competitividad empresaria y la iniciativa privada.

¿Cómo se entiende la cohesión social en el marco de este reclamo por más sociedad? Se busca combinar el perfeccionamiento del sistema democrático, el fortalecimiento de la sociedad como ámbito de cooperación y comunicación y la internalización de reglas democráticas en los distintos actores. La cohesión social no supone formas premodernas, —como el comunitarismo, la homogeneidad de creencias y valores o la fuerza de la autoridad central— sino entenderse en los siguientes sentidos: a) compromiso para respetar las reglas procedimentales de la institucionalidad democrática y del Estado de Derecho; b) articulación de grupos sociales heterogéneos dentro de un sistema capaz de representar sus demandas y de institucionalizarlas políticamente y traducirlas en intervenciones que asignan recursos para la vigencia de los DESC; c) desarrollo de mecanismos de la sociedad civil que fortalecen relaciones de solidaridad y responsabilidad al interior de grupos y entre distintos grupos; d) difusión de una cultura pluralista para mejorar los niveles de convivencia y comunicación, y e) filiación de grupos sociales a redes de apoyo o interacción que les permiten mayor participación e integración (sindicatos, gremios, Iglesias, asociaciones civiles, etc.).

La cohesión contribuye a la igualdad mediante: a) promoción de valores de solidaridad y responsabilidad sociales, lo que genera clima propicio para transferir recursos hacia sectores carenciados; b) aumento de la capacidad de defensa de derechos sociales,

---

<sup>8</sup> “La Igualdad de los Modernos”, CEPAL/IIDH, San José, 1997.

económicos y culturales por parte de grupos desposeídos, lo que les da mayor presencia en la pugna distributiva de activos que permiten realizar tales derechos; y evitar la omnipresencia corporativa de los grupos más fuertes que con un lenguaje muchas veces distributivista tienden a acumular beneficios para sectores con más fuerza política en desmedro de los grupos más débiles y de menos influencia; c) generación de mecanismos intrasociales (no estatales ni de mercado) de transferencia de activos por redes sociales e instituciones intermedias, y d) promoción de acuerdos en torno a políticas de Estado para redistribución progresiva ligados al aumento de la productividad y al crecimiento económico.

La igualdad contribuye a la cohesión, pues: a) mayor igualdad de oportunidades previene la exclusión y la discriminación e inhibe factores de pérdida de cohesión; b) igualdad de oportunidades infunde adhesión a un sistema de reglas percibido como meritocrático; c) mejor distribución de bienes según rasgos adscriptivos contribuye a que las adscripciones (género, etnia, grupos etarios) no redunden en fragmentación, facilitando la institucionalización por rasgos adscriptivos; d) mayor igualdad otorga legitimidad al Estado y a la gestión pública, lo que evita ingobernabilidad y conflicto social; e) la extensión de bienes y servicios para satisfacer necesidades básicas evita formas ilícitas de procurarse dichos satisfactores (delincuencia, microtráfico de drogas, etc.), generando así respeto por la Ley y un ambiente de seguridad ciudadana; f) una mejor distribución territorial de servicios e infraestructura permite revertir la segregación territorial (una causa principal de la falta de cohesión social), y g) una mejor distribución de oportunidades permite responder al problema de la llamada “pobreza dura”, a los grupos de extrema vulnerabilidad que la política social no logra apoyar.

### **La igualdad y la diferencia**

Hay una tensión propia de las democracias actuales. Por un lado se busca recobrar o dinamizar la igualdad, entendida sobre todo como inclusión de los excluidos, pero sin llevar a la homogeneidad cultural, a concentración del poder político o a la uniformidad de gustos y estilos de vida. Por otro lado se trata de apoyar la diferencia, entendida como diversidad cultural, pluralismo en valores y mayor

autonomía de los sujetos, pero sin que esto justifique la desigualdad o la no inclusión de los excluidos.

Frente a ello, interesa compatibilizar políticas culturales que permitan armonizar la libre determinación de los sujetos, y la diferencia en cultura y valores que se sigue de esta defensa de la autonomía, con políticas económicas y sociales que reduzcan la brecha de ingreso, patrimonio, seguridad humana y capital simbólico. El desafío de compatibilizar igualdad de oportunidades y respeto a las diferencias nos sitúa en el cruce entre el ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales y culturales. Civiles, porque se trata de la autonomía de sujetos individuales o colectivos para decidir sobre su vida y valores. Políticos, porque se trata de dar cabida en los procesos deliberantes y decisorios a distintos actores sociales y de un “reparto democrático” de esta participación. Sociales y culturales, porque se aspira a compatibilizar igualdad de oportunidades con respeto a las diferencias.

Hechas esas consideraciones, las políticas de igualdad se asocian al criterio de no-discriminación. Esto incluye políticas de discriminación *positiva* ante minorías de corte socioeconómico, cultural, étnico, etario o de género que presentan mayor vulnerabilidad. Las políticas contra la discriminación de la diferencia (que promueven derechos civiles, políticos y culturales) se complementan con políticas sociales enfocadas en los grupos que estén más discriminados, en condiciones más desventajosas para afirmar su especificidad, satisfacer sus necesidades básicas y desarrollar capacidades para ejercer positivamente su libertad. La discriminación positiva, que acompaña a la focalización, extiende los derechos particularmente a quienes menos los poseen. No sólo se refiere esto a derechos sociales como la educación, el trabajo, la asistencia social y la vivienda; también a los derechos de participación en la vida pública, de respeto a prácticas culturales no predominantes, de interlocución en el diálogo público, etc. En suma, se apunta así a un concepto de igualdad compleja pasado por el filtro de la nueva sensibilidad democrática, del multiculturalismo y del derecho a la diferencia, sin que ello avale condiciones de producción y reproducción de la exclusión socioeconómica.



## Campos de la igualdad y campos de la ciudadanía

Estos planteos permiten entender la igualdad compleja como un concepto o valor a desglosar en un conjunto de componentes. Para ilustrarlo, en el cuadro que se presenta a continuación se correlacionan distintos objetos de reparto social con distintos tipos de igualdad y aspectos de la ciudadanía.

### Igualdad compleja: Objetos y derechos

Objetos de reparto social	Tipos de igualdad	Derechos sociales y derechos económicos
Distribución en el acceso al nivel de bienestar que la sociedad puede suministrar de acuerdo a su desarrollo productivo medio	Igualdad social menor desigualdad material	Derechos sociales y derechos económicos
La distribución en acceso a educación, conocimiento, la información comunicación que tiende a abrir oportunidades de bienestar social	Igualdad simbólica	Derechos sociales, derechos culturales y nueva ciudadanía vinculada a la sociedad de la información y a lo "público-mediático"
Distribución en el control sobre la propia situación y el proyecto de vida mediante el poder de intervenir en lo que afecta el entorno en que se desenvuelve dicha situación y proyecto	Igualdad "volitiva", también definible como libertad positiva	Derechos civiles (poder decidir), derechos políticos (poder incidir), y nueva ciudadanía vinculada a la capacidad de gestión y al uso de información estratégica
Distribución en el acceso a redes que constituyen capital social, que promueven el "empoderamiento" y contribuyen con mecanismos de promoción social	Igualdad "vinculante"	Derechos sociales y nueva ciudadanía (poder de gestión y de asociación)

## **Temas en derechos económicos, sociales y culturales**



# TRABAJO

## **Derecho al trabajo y derechos de los trabajadores desde la perspectiva de los convenios internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales\***

*Rodolfo E. Piza Rocafort\*\**

### **Derechos laborales y realidad latinoamericana**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Protocolo de San Salvador), reconocen el derecho a toda persona a trabajar (artículos 6 de ambos instrumentos). A ese derecho están ligados otros derechos como el salario mínimo –artículos 7.a) de ambos instrumentos–, la seguridad e higiene laborales –artículos 7.b y 7.e) respectivamente–, a ser promovido y a ascender en el trabajo –artículo 7.c) de ambos instrumentos–, al descanso, a los feriados, a las vacaciones pagadas y a la limitación de la jornada laboral –artículos 7.d del PIDESC y 7.g) y h) del Protocolo–, a la estabilidad en el empleo y a la indemnización por despido injustificado –artículo 7.d del Protocolo de San Salvador–, a la protección de los menores de 18 en su trabajo –artículo 7.f del Protocolo, 10.3 del PIDESC y Convención de los Derechos del Niño– y a la libertad sindical, a la huelga y a la negociación colectiva –artículos 8 de ambos instrumentos–.

---

\* El texto corresponde a la versión escrita de la exposición del autor en el marco del Curso Interamericano de Derechos Humanos desarrollado por el IIDH, en San José, Costa Rica, en agosto del año 2004.

\*\* El autor es Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Diplomado en Política Internacional por la Sociedad de Estudios Internacionales, Madrid, España, Especialista en Derechos Humanos y Doctor en Derecho, ambos por la Universidad Complutense de Madrid, España. Actualmente ejerce como profesor, abogado y Director del Proyecto Cumple y Gana de Fortalecimiento de los Derechos Laborales en Centroamérica y República Dominicana.

La realidad en América Latina, sin embargo, muestra que para muchos sectores esos derechos ni siquiera cumplen la condición de la que parten, porque existen millones de trabajadores desempleados, subempleados o informales. Menos de la mitad de la PEA y mucho menos del 40% de la población en edad de trabajar, ni siquiera cuenta con la condición de un trabajo formal.

En Venezuela, Uruguay, Panamá, Colombia y Argentina, el desempleo urbano supera claramente el 15% y el promedio en la región supera el 11%. En Centroamérica se ubica entre el 6% de Honduras y el 12% de Nicaragua. El único país con un desempleo menor al 6% es México<sup>1</sup>.

El desempleo juvenil (menores de 24 años) en algunos países puede llegar al 50% (Argentina), al 40% (Uruguay) o al 30% (Brasil, Colombia, Panamá o Venezuela).

En todo caso, en América Latina el sector formal en promedio sólo cubre al 53% en el 2002 y cayó del 57% en 1990. Y ese porcentaje es menor en el caso de las mujeres (50%). Es decir, el sector informal cubre a casi el 50% de los trabajadores de nuestra región (trabajadores independientes, domésticos o microempresarios) y en algunos países ese porcentaje llega al 65% (Honduras). Únicamente en Chile el sector informal es menor al 40%. Menos del 50% solo en Brasil, Costa Rica, México, Panamá y Uruguay. En el resto de los países, la informalidad supera claramente el 50% de la PEA. Y estos datos son de las áreas urbanas, porque en el sector rural de nuestros países (donde trabaja cerca del 65% de la PEA), la informalidad supera claramente el 70% de los trabajadores.

Si los trabajadores son informales o están desempleados, difícilmente podrán ejercer sus derechos derivados del trabajo como el salario mínimo, el descanso, la limitación de la jornada laboral, la sindicalización y el derecho a la seguridad social. Incluso su libertad de trabajo, en ese contexto difícilmente puede ejercerse plenamente.

---

<sup>1</sup> Todos los datos estadísticos aportados, salvo que se exprese lo contrario, son del *Panorama Laboral 2003, América Latina y el Caribe* (impreso en Perú), 2003, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). No tiene datos de Cuba, Haití ni de Puerto Rico, por lo que no se toman en cuenta, para estos efectos, a esos Estados. Al parecer, la tasa de desempleo de Cuba es también inferior al 6%.

El PIDESC y el Protocolo de San Salvador reconocen el derecho de *toda persona* (no solo trabajadores) a la *seguridad social* (artículos 9 de ambos instrumentos), a la protección de los riesgos del trabajo (artículos 7.c y 7.e respectivamente) y a la salud (artículos 12 y 10 respectivamente). En la realidad, sin embargo, en cuanto a la seguridad social, únicamente el 63% de los trabajadores de la América Latina están cubiertos. 79% para el sector formal y únicamente el 26% en el sector informal, sin que existan graves diferencias por razón de género. Únicamente en Uruguay y Costa Rica, la cobertura total de la seguridad social cubre a más del 75% de los trabajadores (formales e informales)<sup>2</sup>. Más del 65% únicamente en Chile, Colombia, Panamá, Brasil y México. En muchos países de la región, la cobertura de la seguridad social no llega ni al 30% de los trabajadores como en Paraguay, Bolivia, Haití, Nicaragua, Honduras y Guatemala.

La ausencia de cobertura afecta aun más sensiblemente la protección de la higiene y seguridad en el trabajo, el derecho a la salud de los trabajadores y sus familias (en algunos países la cobertura familiar es incluso mucho más restringida que la de los propios trabajadores) y el derecho a la pensión. De hecho, mucho menos del 50% de la población en edad de trabajar cotiza para una pensión o está cubierto por un sistema de protección social que le cubra los riesgos de invalidez, vejez o muerte.

El PIDESC y el Protocolo de San Salvador reconocen el derecho a la libertad de sindicalización en sentido amplio (a formar, a pertenecer o no y a la confederación o afiliación nacional e internacionales de los sindicatos), a la negociación colectiva y a la huelga, en el artículo 8 de ambos instrumentos. En América Latina, sin embargo, menos del 10% de los trabajadores del sector privado están sindicalizados y en algunos países el porcentaje no llega ni al 1%. En esas condiciones, difícilmente pueden ejercer los derechos ligados o derivados de la sindicalización como el derecho a la huelga y el derecho a la negociación colectiva. Incluso en el sector público, donde la sindicalización se ha extendido en las últimas décadas hasta cubrir a más del 50% de los trabajadores estatales en la mayoría de

---

<sup>2</sup> Aunque Cuba no aparece en el informe *Panorama Laboral* de la OIT, tiene también una cobertura superior al 90%.

los países, los derechos ligados o derivados como la negociación colectiva y a la huelga están ampliamente limitados.

Hay países donde la sindicalización no puede darse en el sector público de manera general (El Salvador, por ejemplo, lo restringe para los trabajadores del Gobierno Central, artículo 47, párrafo 1° de la Constitución). En algunos países que permiten la libertad sindical, la restringen en amplias áreas del empleo público además de las fuerzas armadas y la policía (donde la restricción es permitida por los convenios internacionales), en los “servicios públicos esenciales” (donde se permiten ciertas restricciones) e incluso en los “no esenciales”. En los países que permiten limitadamente la sindicalización en el sector público, restringen ampliamente el derecho a la huelga (no solo en los servicios esenciales, como se reconoce en los instrumentos internacionales). En Costa Rica, por ejemplo, la huelga es prohibida, en general en los servicios públicos (artículo 61 de la Constitución) y en la mayoría de los países se delega ampliamente en la Ley la regulación del derecho de huelga y sus limitaciones (sobre todo, en los servicios públicos). El derecho a la negociación colectiva es limitado muchas veces más allá de lo permitido *–prima facie–* por los instrumentos internacionales del trabajo (Convenios # 154 de la OIT). Este derecho queda limitado ampliamente en el ámbito del empleo público, por aplicación de otros principios constitucionales *–*legalidad, control presupuestario, etc. *–*.

Este es el contexto *–*la realidad*–* en el se desenvuelve la protección de los derechos laborales de los Convenios Internacionales de Protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

### **Reconocimiento constitucional de los derechos laborales**

Con algunas salvedades, todas las constituciones latinoamericanas reconocen los derechos laborales en igual o mayor medida que los pactos internacionales, conforme a los siguientes cuadros:

**Derechos laborales individuales:**

	Derecho y/o libertad de trabajo	Estabilidad y protección laboral	Salario mínimo o justo
Argentina	14, 14 bis	14 bis	14 bis
Bolivia	7, 156	157	7, 157
Brasil	5 XIII, 6 y 7 XIII	7 I, II, XXXIV	7 IV, X, XII
Colombia	25, 26	53	53
Costa Rica	56	56, 63	57
Cuba	45	45, 49	45
Chile	19 ord. 16	19 ord. 16	19 ord. 16
Ecuador	49	49.d	49.d
El Salvador	37	37, 38 ord. 11	9, 38.2, 41
Guatemala	101-103	102.s, 69, 106	102.b, c, f
Honduras	127	128, 127	128 ords. 3-5
México	5, 123	123	5, 123
Nicaragua	57, 80	80, 82	82
Panamá	60	60, 68, 70	61-62
Paraguay	86-100	94	92
Perú	2 ord. 15, 22-29	27	24
R. Dominicana	8 ord. 11	8 ord. 11	8 ord. 11
Uruguay	53	53	54
Venezuela	88	93, 94	91
PIDESC	6		7.a)
P. San Salvador	6	7.d	7.a)

**Derechos colectivos del trabajo:**

	Derecho y Libertad sindical	Derecho de huelga	Derecho a la negociación colectiva
Argentina	14 bis	14 bis	14 bis
Bolivia	159	159	157
Brasil	8 I-VII, 10-11	9	7 I, VI, XXVI
Colombia	39	56	55
Costa Rica	61	62	62
Cuba			
Chile	19.19	19.16	19.16
Ecuador	41.i)	49.j)	49.l)
El Salvador	47	48	39
Guatemala	102.g)	104	102.t)
Honduras	128.14	128.13	128.15
México	123	123	
Nicaragua	81, 87	83	88
Panamá	64	65	
Paraguay	96	98	97
Perú	28	42	28.2, 28.3
R. Dominicana	8.11	8.11	8.11
Uruguay	57	57	
Venezuela	95	97	96
PIDESC	8.1.a), b) y c), 8.2	8.1.d)	
P. San Salvador	8.1.a), 8.2, 8.3	8.1.b)	



### Seguridad social y protecciones especiales a los trabajadores:

	Seguridad social	Protección al menor y a la mujer trabajadora	Derechos de los discapacitados	Protección a la salud (ver seguridad social)
Argentina	14 bis	37		
Bolivia	7, 158, 162, 164	2		158
Brasil	6-7, 194-195	7 XVIII, XX, XXXIII, 227.3		
Colombia	48		47	49
Costa Rica	73, 177	55, 71	51	73, 177
Cuba	48			49-50
Chile	19, 18		19, 9	19, 9
Ecuador	42	36, 50		
El Salvador	50	42	70	65-69
Guatemala	100	102.k), 102.l)	53	94
Honduras	142-144	123	120	245, 29
México	123			4
Nicaragua	61-63, 82, 105	74	62	59, 63, 105
Panamá	109-110, 113	68		105-107
Paraguay	95	89, 90	58	68
Perú	10-13	23		7
R. Dominicana	8.11, 8.17		8.17	
Uruguay	67			
Venezuela	86, 85, 88	88, 89.6	81	83-85
PIDESC	9	7.a), 10.3		12
P. San Salvador	9	6, 7.g),	6.2, 18	10, 9

Como se observa, el reconocimiento de los derechos de orden laboral a nivel constitucional es amplio y en muchos casos está profusamente desarrollado en los textos constitucionales. Incluso, desde el punto de vista de su “tipicidad”, el texto en el que se recogen esos derechos es completo y preciso en muchas ocasiones, aunque en otros casos, la redacción parece sugerir un conjunto de “buenos deseos” o aspiraciones legítimas, pero con poco contenido práctico (técnico-jurídico).

Por otra parte, el que determinados derechos de orden laboral no vengán específicamente enunciados, no significa que ellos no tengan un reconocimiento constitucional en virtud de la jurisprudencia o del desarrollo legislativo de los mismos. En algunos países, al reconocerse a los instrumentos internacionales de derechos humanos, como “derechos constitucionales” o de rango supralegal y, en todo caso, autoejecutables (*self executing*), la ausencia de un reconocimiento formal (“típico”) en el texto constitucional, no

significa la ausencia de un reconocimiento y de una exigibilidad constitucional. Por otro lado, la frondosidad del reconocimiento constitucional no significa que la Ley y la realidad desarrollen adecuadamente el derecho reconocido constitucionalmente. De hecho, como hemos apuntado, en la América Latina se reconocen a nivel constitucional más amplia y detalladamente los derechos económicos y sociales de carácter laboral que en Europa occidental y es evidente que la vigencia de esos derechos en Europa es mayor y más efectiva que en nuestro subcontinente.

En América Latina, el problema no está principalmente en el nivel del “reconocimiento” formal de los derechos laborales (a nivel constitucional, internacional o legal), sino en **los efectos jurídicos que ese reconocimiento tiene, en la ausencia o deficiencia de la “exigibilidad”** (de los mecanismos procesales previstos para su protección), y en **las condiciones materiales** (económicas, sociales, culturales, institucionales), **para hacerlos efectivos**. Tal parece que, en muchos casos, se trata más bien de aspiraciones de *lege ferenda*, que de “derechos” humanos verdaderamente exigibles. Hay en nuestra América una confusión generalizada sobre el sentido y alcance de las normas constitucionales y de los derechos humanos, al entenderlos más como “banderas” o “ideales” a alcanzar y menos como derechos identificables en sus contenidos, en sus obligaciones concomitantes, en los sujetos responsables, en sus mecanismos jurídicos para hacerlos exigibles.

### **Interrelación necesaria entre normativa y realidad para mejorar el cumplimiento de los derechos de orden laboral reconocidos internacional y constitucionalmente**

La realidad y la vigencia efectiva de los derechos de orden laboral, como he dicho arriba, dista mucho de la proclamación jurídico constitucional e internacional, aunque en algunos países de nuestra América, la distancia entre esa realidad y la normativa sea mayor que en otros.

En general, aunque el reconocimiento normativo (tipicidad y exigibilidad) es importante, puede afirmarse que tan importante como la regulación normativa es el desarrollo socioeconómico. Parece obvio que a mayor desarrollo económico y social, mayor vigencia de los derechos sociales y laborales, de manera que una

parte muy importante de la vigencia de estos derechos pasa por impulsar el desarrollo económico y social. Si repasamos el Derecho comparado, descubriremos que el cumplimiento efectivo de los derechos económicos y sociales es, en muchas ocasiones, inversamente proporcional a la amplitud de su reconocimiento normativo (al menos, a nivel retórico). Haití, Bolivia o Nicaragua, por ejemplo, reconocen los derechos económicos y sociales y los derechos laborales (a nivel constitucional e internacional), más amplia y generosamente que Alemania, Suecia u Holanda. Lo que en los países europeos es un mero “principio rector de la política social y económica”, por ejemplo, en América Latina es un DERECHO ampliamente reconocido en su sistema normativo. Pero allá, ese reconocimiento tiene virtualidades y efectos jurídicos y aquí se queda muchas veces en el plano de lo retórico.

La protección de los derechos laborales, depende de 5 grandes condiciones:

1. Desarrollo y crecimiento económicos.
2. Desarrollo y operación de mecanismos públicos que impulsen, arbitren o apoyen el desarrollo social, independientemente de quiénes los ejecuten.
3. Reconocimiento normativo (constitucional, internacional o legal) de los mismos, incluyendo una “tipicidad” adecuada de esos derechos o valores<sup>3</sup>.
4. Desarrollo y operación efectiva de mecanismos jurisdiccionales que los protejan (lo que Jaime Ordóñez llama certeramente “exigibilidad”), incluyendo “desincentivos”, responsabilidades y sanciones por su incumplimiento o irrespeto.

---

<sup>3</sup> Los conceptos de “tipicidad” y “exigibilidad” los he tomado de Jaime Ordóñez, en un trabajo muy sugestivo sobre el tema de los derechos económicos, sociales y culturales. Por tipicidad entiende la redacción o creación del tipo jurídico y la frontera jurídica del valor protegido (la forma en que se expresa el “derecho” y que coincide con lo que en inglés se conoce como “*legal rights*”) y por “exigibilidad” se entiende la “*justiciability*” o justiciabilidad, esto es, los mecanismos jurisdiccionales para obligar a la vigencia de los valores tutelados típicamente, para imponer responsabilidades y obligaciones concomitantes y para exigir reparación en caso de quebrantos de ese valor tutelado. Ver, Ordóñez, Jaime, “Los Derechos Fundamentales como Referente del paradigma de ciudadanía civil y de la definición de la frontera de exclusión social”, en la obra colectiva *Exclusión Social y Reducción de la Pobreza en América Latina y el Caribe*, editado por Gacitúa, Sojo y Davis para FLACSO y Banco Mundial, San José, Costa Rica, 2000, pags. 91 y ss.

## 5. Operación y vigencia de la Democracia y el Estado de Derecho

Ninguna acción debe contradecir a las demás. No puede impulsarse el desarrollo social y democrático a expensas del desarrollo y del crecimiento económico porque entonces los mecanismos públicos de orden social se desfinancian y se recortan inevitablemente. Tampoco el desarrollo económico puede contradecir el marco normativo, la democracia, el Estado de Derecho y el desarrollo de políticas sociales o de bienestar, porque entonces la sociedad como tal se beneficia muy poco de ese crecimiento y de ese desarrollo.

El Derecho, en todo caso, no puede desconocer la realidad en la que se inserta, en dos sentidos:

1. Debe arbitrar y adecuar sus mecanismos a la realidad, para corregir lo que se pretende corregir razonable y “progresivamente” (la expresión forma parte, tanto de la CADH en su artículo 26, del Protocolo de San Salvador en sus artículos 1 y 19.8, del PIDESC en sus artículos 2.1 y 22). El Derecho no puede nunca limitarse o contentarse con describir la realidad, porque tiene como vocación natural dirigir o encausar esa realidad hacia los objetivos de la normatividad. Es siempre una corrección de lo existente (del ser). Como recordaba Ortega y Gasset:

“El Derecho no es mero reflejo de una realidad preexistente, porque entonces es superfluo; el Derecho, la Ley son siempre algo que añadimos a una realidad insuficiente; es la corrección de lo roto; son un estímulo a lo que no es aún pleno; son, pues, incitaciones (...), la Ley es siempre, más o menos, reforma y, por tanto, suscitadora de nuevas realidades (...)”

2. Debe establecer y desarrollar esos derechos (en el ámbito sustantivo y procesal), tratar de encausar la realidad hacia la normatividad pero sin violentar o ignorar la realidad o lo que es consustancial a la misma, es decir, tratar de encausar la realidad hacia la normatividad, pero evitando la pretensión de hacer “ingeniería social” desvinculada de la misma. Ingeniería social que de acuerdo con Karl Popper, conlleva una fuerte tendencia al autoritarismo, o que de acuerdo con Hayek, lleva el peligro inexorable de la “servidumbre”.

Debe, pues, encontrarse el equilibrio entre un extremo y otro: renunciar a corregir la realidad o pretender que la realidad puede

cambiarse radicalmente por el mero hecho de quererlo o de reconocerlo normativamente. “El hambre no es el pan”, como recordaba J. Bentham hace casi 200 años.

Cuando el derecho y la realidad no coinciden, hay dos opciones extremas de las que debe huirse:

- a. Que el derecho se limite a reconocer la realidad y renuncie a su corrección.
- b. Que el derecho (las normas jurídicas y sus aplicaciones por los operadores del Derecho) pretendan imponerse a la realidad a cualquier precio, lo que se expresa cínicamente al afirmar que si la realidad no se adecua al Derecho, “peor para la realidad”<sup>4</sup>.

Cuando el derecho se contenta con describir la realidad sin pretender moldearla o corregirla, el Derecho deja de cumplir su papel esencial, de señalar los fines y las aspiraciones o, si se quiere, los deberes jurídicos de una sociedad. Es obvio que el Derecho no puede renunciar a esa vocación de corrección de la realidad, sin dejar de ser lo que es, un conjunto de normas de conducta y, por tanto, de deberes o aspiraciones que los seres humanos y sus instituciones deben cumplir, so pena de atenerse a las consecuencias jurídicas que el propio sistema normativo está llamado a señalar y a aplicar.

Cuando la realidad y el Derecho se divorcian o se contradicen de manera generalizada (no en los casos particulares, porque ello es consustancial al Derecho), puede afirmarse que el problema está también en el diseño inadecuado. Conviene recordar que el diseño institucional y normativo sí importan. El defecto puede estar en el plano sustantivo (en el “tipo normativo”) o en el plano procesal, lo que hace referencia a la “exigibilidad”. Un sistema jurídico que no establece mecanismos jurídicos, procesales e institucionales, para alcanzar sus fines o para proteger sus bienes tutelados, no reconoce adecuadamente (jurídicamente) esos bienes, porque la experiencia enseña que, muchas veces, los derechos valen lo que valen las garantías desde el punto de vista procesal y que, desde el punto de vista sustantivo y fáctico, valen lo que cuesta infringirlos. Si esos mecanismos jurídicos no son efectivos, porque no impulsan el

---

<sup>4</sup> Los que hacen esta afirmación, olvidan que generalmente ocurre al revés, que cuando el derecho se divorcia de la realidad, el que lleva la peor parte es del Derecho.

cumplimiento de los derechos y de los fines jurídicos y no desincentivan o intimidan por el incumplimiento de éstos últimos (temor a la sanción), no se cumplen los elementos esenciales de una buena construcción jurídica.

Cuando se afirma que la Ley es muy buena y que el problema es que no se aplica de manera generalizada, cabe pensar que el diseño legal no puede ser tan bueno como se pregona, porque el Derecho se debe diseñar y construir para aplicarse a la realidad, para moldearla y adaptarla (o corregirla), pero no para negarla o contradecirla radicalmente. En todo ordenamiento jurídico hay ciertamente una vocación deontológica (deber ser) y unas aspiraciones legítimas que pretenden corregir la realidad, lo cual es válido y viable jurídicamente, pero esa vocación debe ser “realista”, tener los pies en la tierra. Como decía Simón Bolívar, no se trata de construir “repúblicas aéreas”, es decir, constituciones desconectadas de la realidad.

Como dije, si repasamos el Derecho comparado descubriremos que en muchas ocasiones el cumplimiento efectivo de los derechos económicos y sociales es inversamente proporcional a la profundidad de su reconocimiento normativo (al menos, a nivel retórico).

Todavía más, en muchos países de América Latina junto con el reconocimiento normativo de esos derechos, se arbitran también mecanismos procesales y jurisdiccionales con competencias plenas, legitimaciones amplias y sencillas, pero desconectadas de la realidad (del analfabetismo, de la dificultad de acceso fáctico, del cumplimiento de requisitos previos, de la ausencia de apoyo letrado, de la lentitud de los procesos, del desempleo, etc.). Dostoievski atribuía a uno de sus personajes de *Los Demonios* (o *Endemoniados*), la expresión de que “buscando la absoluta libertad, di en el absoluto despotismo”. En el área que nos interesa aquí, puede que nos acontezca que “buscando el desarrollo y la vigencia plena de los derechos laborales, demos en la absoluta desprotección de esos derechos” (por exceso o por defecto).

Pongamos el caso de la libertad de sindicalización como ejemplo. Ya sabemos que en nuestro subcontinente mucho menos del 10% de los trabajadores del sector privado está sindicalizado. Recuérdese que los empleadores privados son el principales empleadores,

formales e informales, porque el empleo público no llega al 20% de la PEA de América Latina y, en muchos casos, no llega ni al 10% (salvo en Cuba, donde de todas maneras no se afecta la afirmación porque allí esa libertad no se reconoce de la misma forma y su existencia queda condicionada ampliamente por las normas y la realidad)<sup>5</sup>.

Y no están sindicalizados, a pesar de que el reconocimiento de ese derecho y de esa libertad están garantizados constitucional e internacionalmente en forma amplia (salvo algunas restricciones normativas en pocos países, pero aplicables para el sector público). ¿A qué se debe esa disparidad entre la normativa constitucional y la realidad? Existen, me parece, algunas explicaciones posibles (que cito sin orden, ni prelación jerárquica):

- a) *La realidad socio económica y el mercado laboral*, particularmente el desempleo y la informalidad tan amplios en la región, no promueven el desarrollo de ese “derecho”. Es verdad que cuando más del 50% por ciento de los trabajadores está desempleado, subempleado o es “informal”, y además ese porcentaje está creciendo, es un poco iluso pensar en un amplio uso de ese derecho, el que tiene como condición básica tener un trabajo remunerado relativamente estable. Además, el derecho a sindicalizarse tiene como condición fáctica (y a veces también jurídica) que ese trabajo mayoritariamente se dé en empresas medianas o grandes (digamos de más de 20 trabajadores). En muchos países de nuestra América, más del 70% de los trabajadores remunerados formales (que es apenas el 50% de la PEA), trabajan en empresas de menos de 20 trabajadores<sup>6</sup>.
- b) *El perfil del desarrollo económico* también establece sus condiciones. En general, puede afirmarse que la “terciarización” y el *crecimiento del empleo formal en el campo*

---

<sup>5</sup> Obsérvese la paradoja de que las restricciones constitucionales e internacionales a la libertad sindical ocurren más en el sector público o el gobierno central y muy poco en el sector privado, pero, en la realidad, la sindicalización es mucho más amplia en el sector público que en el sector privado.

<sup>6</sup> El Derecho, ciertamente, poco puede hacer para enfrentar esta realidad, salvo aliviar algunas causas y efectos de la “informalidad” y del “desempleo”, los que están ligados ciertamente también a un exceso de “regulaciones” relativas a la actividad empresarial, a la propiedad y a la relación de trabajo.

de los servicios, en detrimento proporcional de la industria y de la agricultura de grandes empresas; desincentiva la sindicalización que fue pensada y desarrollada más para otros modelos o estructuras económicas. El Derecho poco puede hacer frente a este fenómeno, salvo adaptar algunas de sus regulaciones a esa realidad socioeconómica.

- c) También es verdad que la “*globalización y la competencia nacional e internacional*”<sup>7</sup> pueden desincentivar la “sindicalización”, porque el margen de negociación local (de la empresa con sus trabajadores) de las condiciones laborales es menor y, con ello, es menor la utilidad práctica de la sindicalización por parte de los trabajadores. El Derecho, aunque puede incidir algo en el fenómeno, difícilmente puede enfrentarlo en su integridad, porque depende de variables no estrictamente jurídicas<sup>8</sup>.
- d) El “*desconocimiento*” (*knowledge*) del Derecho Laboral y del derecho a la libertad sindical, juega también su papel en el escaso desarrollo de esa libertad en la América Latina. Y esto es así, porque una cantidad mayoritaria de trabajadores (y de empleadores, aunque en menor grado) en nuestro subcontinente, difícilmente conocen las letras básicas, mucho menos sus derechos y obligaciones fundamentales y, por ello, tienden a no ejercer esos derechos y a no conocer y respetar sus obligaciones laborales, y dentro de ellas, las libertades

---

<sup>7</sup> Un buen resumen sobre la Globalización y sus implicaciones, desde diversas perspectivas (incluidas las laborales y las ideológicas), puede encontrarse en la obra *La Globalización, ¿Un Futuro para Todos?* Biblioteca Actual Larousse, 2003, París. Sobre las implicaciones en lo laboral del comercio internacional, puede verse también, la bibliografía citada y el resumen sugestivo de Rodríguez, Patricia, que incorpora como Apéndice a su obra *¿Con Quién Negociamos? La Estrategia Comercial de los Estados Unidos en los últimos 20 años*, FUNPADEM, San José, Costa Rica, 2003. El Apéndice se titula “Opiniones de los académicos norteamericanos de si debe establecerse un capítulo de estándares laborales en la OMC y los Acuerdos Internacionales y algunas reflexiones finales” (pags. 97 y ss.).

<sup>8</sup> Está perfectamente reconocido y documentado que la “sindicalización” tiende a ser menor en contextos competitivos que en contextos monopolizados o “cartelizados”, sean estos del sector público o del sector privado. Algunos autores, como Hayek, incluso consideran que la “sindicalización” es un fenómeno que solo puede sostenerse a partir del monopolio o del oligopolio, sea que éste venga impuesto por los patronos, por el Estado, o por los propios sindicatos y confederaciones. Ver Hayek, *Los Fundamentos de la Libertad*, Unión Editorial, 1962, Madrid.



sindicales. Es conocido que un mayor conocimiento de los derechos y obligaciones laborales ayudará a que ellos se cumplan y se respeten más. El Estado y el Derecho, pueden hacer algo más a este respecto, tanto en el plano de la educación formal y vocacional, como en el plano de la divulgación masiva y focalizada de esos derechos y obligaciones, pero aquí las acciones para alcanzar el respeto de esos derechos dependerá seguramente más de los mecanismos institucionales que de las imposiciones normativas.

- e) Un *sistema normativo inadecuado*, por iluso –excesivo– o por impráctico –por ausencia de mecanismos jurídicos de exigibilidad–, puede prohiar el poco desarrollo y el irrespeto de ese derecho o libertad sindical. Eso puede ocurrir, porque: 1) su tipicidad es inadecuada, 2) su exigibilidad es insuficiente o inaccesible, 3) su reconocimiento normativo no aborda las causas y sus consecuencias de las violaciones más frecuentes a esa libertad sindical, 4) su reconocimiento normativo está divorciado de la realidad socio económica. La tipicidad inadecuada se da por exceso o por insuficiencia, como bien sabemos.
- f) Se debe probablemente también a las “*prácticas anti -sindicales*” de algunos sectores empresariales o de empleadores que actúan aprovechando la deficiente o incompleta normatividad e institucionalidad jurídicas. Esas prácticas antisindicales son muchas veces patrocinadas o no confrontadas adecuadamente por el Derecho. Por ejemplo, el despido injustificado de los dirigentes sindicales (generalmente antes de que se conviertan en líderes formales). Por ejemplo, las amenazas veladas a los trabajadores, o impedir que entren en las empresas líderes ajenos al trabajo, establecer o reconocer expeditamente “sindicatos blancos” u otro tipo de organizaciones laborales, tutelados y patrocinados por las empresas. El Derecho y la institucionalidad sí tienen mucho que hacer en este campo, porque esas prácticas son potenciadas por deficiencias del modelo jurídico de reconocimiento y tutela de esos derechos.
- g) Por último (*last but not least*), se explica también probablemente por la *falta de adaptación de los sindicatos a*

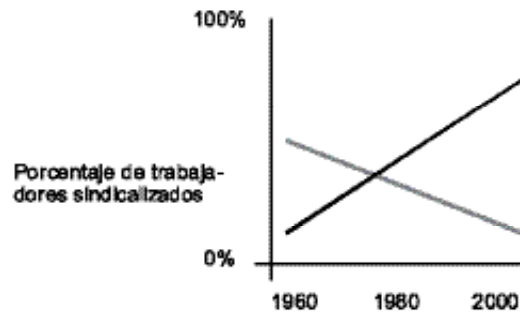
*las nuevas realidades y al entorno socioeconómico*, esto es, a la distancia entre el discurso y las reivindicaciones sindicales, con los intereses más prácticos de los trabajadores sindicalizables. Las luchas contra el “neoliberalismo”, el Fondo Monetario Internacional, o las luchas de solidaridad con grupos ajenos, aunque puedan ser muy importantes para los dirigentes, las sienten muchas veces como ajenas los trabajadores y, por ello, pueden no sentirse motivados a pertenecer a los sindicatos o a no sentirse debidamente representados por las centrales y los dirigentes sindicales.

Ese conjunto de condiciones, de acciones o de omisiones, enumerado sin ánimo exhaustivo ni de prelación (o de importancia y peso proporcional), puede explicar la escasa protección y vigencia del derecho a la libertad sindical. Frente a esas condiciones el Derecho puede actuar, para minimizarlas o restringirlas, pero esa actuación será diferente según la condición que se quiera enfrentar. En algunos casos, el papel jurídico será mínimo. En otros, es mucho más amplio el margen del Derecho y de sus operadores para hacer efectivo el ejercicio del derecho tutelado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por el Derecho Laboral (constitucional, internacional y legal). Eso ocurre, por ejemplo, cuando el problema o la condición es jurídica, como en el caso del párrafo “e”, o cuando el problema o la condición de origen no siendo jurídica es prohijada o al menos no contemplada adecuadamente por el Derecho, como en el caso del párrafo “f” (prácticas antisindicales).

Ese conjunto de circunstancias puede explicar, en parte, el fenómeno de la escasa participación y de la reducción sindical de los trabajadores del sector privado. En el sector público, como anotaba tempranamente la doctrina, lo que se nota es una ampliación de la sindicalización de los funcionarios y empleados públicos, sobre todo a partir de los años 80 del siglo XX<sup>9</sup>. Tendencia que se refleja en el siguiente cuadro, el que es aplicable a toda la región de manera genérica (no específica). Donde la línea oscura corresponde al sector público y la clara, al sector privado.

---

<sup>9</sup> Sobre el tema, puede verse Troy, Leo, *The Right to Organize Meets the Market*, en la obra colectiva “Liberty, Property, and the Future of the Constitutional Development”, edited by Ellen Frankel and Howard Dickman, New York, Suny, 1990, págs. 305 y ss.



La razón de ello, es probable que coincida con las explicaciones citadas (sin orden de prelación ni de importancia) y sobre todo, con la mayor estabilidad consustancial (e incluso, inamovilidad práctica) de los trabajadores del sector público, con la existencia de menores prácticas antisindicales (al fin y al cabo, los “superiores” también son empleados públicos, aunque sean cargos políticos o de confianza), con la ausencia de competencia y existencia de monopolios u oligopolios públicos (lo que permite presionar por mejoras laborales desconectadas de la productividad y merced a la capacidad de trasladar los costos de esas mejoras a los usuarios o consumidores de los servicios y funciones públicas), etc. Esto último, por ejemplo, es impensable en el marco de empresas que están obligadas a competir, dado que un aumento injustificado de beneficios o remuneraciones laborales (desconectado de la productividad), puede sacar a esas empresas del mercado.

Algo similar ocurre con otros derechos laborales, como el derecho al trabajo. La estabilidad excesiva y la ausencia de flexibilización pueden afectar la creación de empleo, por los costos de transacción y de ajuste, lo que puede provocar el efecto contrario de lo que se pretende. La rigidez excesiva del mercado laboral incide negativamente en el derecho al trabajo. Los países anglosajones y los países desarrollados donde existe mayor movilidad o flexibilidad laboral (para el despido, etc.), por ejemplo, tienden a tener en los últimos años, menores tasas de desempleo en promedio que los de la Europa continental, donde la rigidez laboral es mayor. No se puede afirmar, sin embargo, que una flexibilidad (por ejemplo, para el despido) aumente la creación de empleo y la “formalización” del mismo. En verdad, un sistema demasiado rígido en lo laboral (en

jornadas, en despido, etc.) puede ser tan contraproducente como un sistema totalmente flexible (en jornadas, en despido, etc.). Por otro lado, reivindicaciones desfasadas de la realidad (jornada de 35 o 37 horas en Alemania y en Francia, por ejemplo), pueden provocar el aumento del desempleo, si esas conquistas están desconectadas de la productividad y de la competencia internacional<sup>10</sup>.

### **La curva de efectividad jurídica y los derechos de orden laboral**

Todo sistema jurídico se rige por normas de equilibrio entre normatividad (deber ser) y realidad (ser), como hemos dicho. Esa realidad metajurídica impone condiciones a la normatividad (tipicidad, exigibilidad), que conviene conocer y reconocer jurídicamente, so pena de contradecir los objetivos legítimos y loables que se quieran alcanzar con las normas jurídicas y sus mecanismos para hacerlas exigibles y efectivas.

Ese equilibrio podemos definirlo a partir de lo que hemos de llamar la *Curva de efectividad jurídica* que también es aplicable a los derechos económicos y sociales de carácter laboral. El tema es conocido y aplicado ampliamente en el campo tributario y, recientemente también, en el campo penal y otras áreas del Derecho.

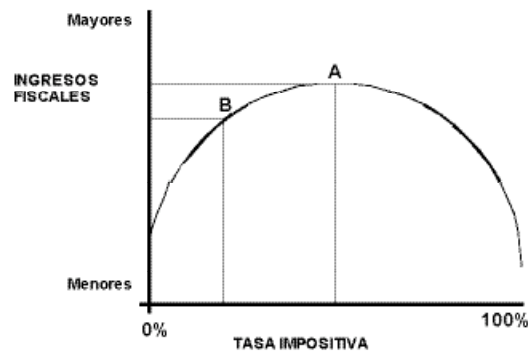
En el campo tributario viene de la llamada “Curva de Laffer” (una “curva” que aparentemente dibujó el economista Arthur Laffer en una servilleta durante los años 70 del siglo pasado y que es algo así como la Ley de los Rendimientos Decrecientes aplicada a la política tributaria)<sup>11</sup>. Según está curva o “ley” económica, a partir de un cierto punto (A), aumentar la tasa y la carga tributaria no aumenta ni

---

<sup>10</sup> Sobre el tema, véase recientemente el sugestivo título de *Newsweek*, de agosto 23 del 2004, “Labor Pains, Working Harder for Less Pay? Welcome to the New World Economy” y adentro de la revista, con el título “A Heavier Burden”. Págs. 33 y ss.

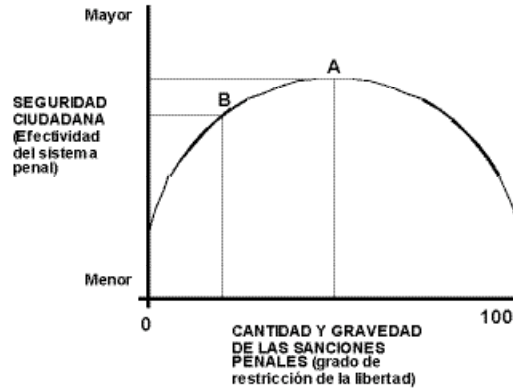
<sup>11</sup> Algunos autores han querido ver en esta Curva, una receta para el llamado “neoliberalismo” y para propugnar siempre la bajada en las tasas impositivas. Ello, me parece, no se deriva necesariamente de la curva, considerada en sí misma. Primero, porque es difícil saber en qué momento nos encontramos en lo más alto de la curva. Segundo, porque puede ser que estemos en situación o en necesidad de aumentar los impuestos para alcanzar los mayores ingresos y la efectividad social (es decir, que estemos en el lado izquierdo de la curva y todavía podamos ascender más).

quiera los ingresos tributarios. Si la carga, por ejemplo, es 0%, los ingresos tributarios serán iguales a cero, pero también si la carga tributaria fuera del 100% (sobre la renta neta, por ejemplo), los ingresos serían también cercanos a cero, porque sería poco probable que la gente trabajara e invirtiera para entregarle el 100% de sus esfuerzos y utilidades al fisco. Ello se expresa gráficamente así:



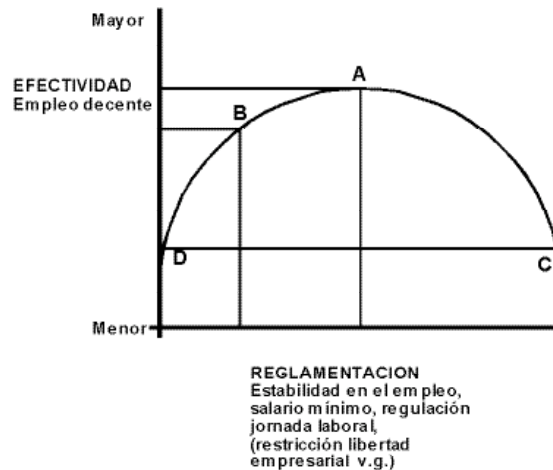
Esto último es también aplicable a las sanciones penales. La ausencia de penalidad, como sabemos, es poco efectiva para lograr el respeto de los derechos de terceros y la seguridad ciudadana, pero a partir de una cierta penalidad excesiva (A), ella deja de ser efectiva y el aumentarla restringirá severamente las libertades a cambio de que aumente muy poco la seguridad ciudadana y la lucha contra la criminalidad o que incluso ésta última se vea aumentada en detrimento de la seguridad ciudadana que se pretende alcanzar. En una sociedad democrática, es probable, por ejemplo, que un jurado o un juez penal prefieran absolver totalmente a un acusado cuando existe la más pequeñísima duda, que condenarlo si suponen que la condena será excesiva (v.g., la pena de muerte), porque no querrán llevar sobre sus conciencias esa eventualidad, a pesar de que las pruebas puedan apuntar a una culpabilidad del acusado<sup>12</sup>. Esto se puede expresar gráficamente así:

<sup>12</sup> Algunos han llamado a este fenómeno, el efecto O. J. Simpson, por referencia al famoso caso del jugador de fútbol americano que fue absuelto en la vía penal y condenado en la civil por la muerte de su esposa. El Jurado, posiblemente,



Esto, que es aplicable a los campos tributario y penal, lo es también (*mutatis mutandis*) al campo de los derechos laborales y su efectividad.

En el campo laboral, la relación se puede expresar con el siguiente gráfico:



frente a la duda que se planteó durante el juicio, prefirió absolver al acusado, antes que llevar sobre su conciencia la aplicación de la pena de muerte o de una condena perpetua excesiva. Buscando la absoluta penalización podemos dar en la absoluta impunidad (la expresión es una paráfrasis de Dostoievski), por aquello de la que la inflación de sanciones, de reglas o de cargas, como toda inflación, no hace más que devaluar los objetos sobre los que recae (la expresión es una paráfrasis de Jean Rivero).

El exceso de reglamentación y protección de un derecho laboral, además de que puede afectar otros derechos (v.g., la libertad empresarial), en nada ayuda a la efectividad y protección del derecho que se pretende garantizar. Un exceso de sanciones, penas o medidas restrictivas puede afectar innecesariamente la vigencia de otros derechos (propiedad, libertad, v.g.) y no aporta nada para alcanzar el objetivo constitucional o internacional legítimo que se pretende alcanzar (el pleno empleo, la mayor cantidad de gente con “empleo decente”, descanso, vacaciones, prestaciones sociales, etc.).

En cambio, la ausencia de reglamentación y protección de un derecho como el derecho al trabajo (pero también como la limitación de la jornada laboral, el derecho de huelga, etc.), puede significar menor efectividad en la protección de ese derecho (del empleo decente, de la limitación de la jornada laboral, de los ingresos de los trabajadores, etc.). El óptimo estará seguramente entre el punto A y el punto B. Ambos corresponden al espectro posible del debate ideológico democrático. La pretensión del punto C (reglamentación excesiva) es absurda porque restringe severamente las libertades económicas, sin aportar nada (sino todo lo contrario) a alcanzar los derechos sociales o el “Estado de Bienestar”. La posición D (poca o nula reglamentación) tampoco es prudente, porque no protege ni promueve los derechos sociales y el derecho al empleo decente, a una jornada laboral razonable y saludable, etc., aunque aparente un reconocimiento de las libertades económicas, al no regularlas o complementarlas (lo que, al mismo tiempo, puede crear eventualmente un clima de incertidumbre y anarquía laborales, que podría atentar no solo sobre los derechos laborales de los trabajadores, sino también contra la paz social y la seguridad misma de las inversiones). El punto A (¿óptimo de Pareto?), aparenta un equilibrio entre restricciones a las libertades económicas y protección de los derechos sociales. El punto B, puede argumentar a su favor que a partir de ese punto, se restringen mucho (desproporcionadamente) las libertades económicas y el desarrollo económico, a cambio de un avance pequeño en el desarrollo de los derechos sociales (al empleo decente, a la limitación de la jornada laboral, al salario, etc.). Lo que queda claro es que la regulación excesiva puede ser tan contraproducente como la ausencia de regulación y que debe buscarse siempre el equilibrio entre los derechos y valores en juego.

Lo mismo cabe argumentar de la relación entre **salario mínimo y empleo**, entre **cargas de la seguridad social y empleo formal o desarrollo económico**. Fijar el salario mínimo por encima de las condiciones de competitividad y del mercado laboral de manera general, por ejemplo, puede afectar las variables de “desempleo”, subempleo o informalidad. El no fijarlo o no vigilar su respeto, puede afectar a determinados sectores laborales que, en condiciones de mercado, podrían no ser suficientemente considerados. En el caso de las cargas de la seguridad social, por ejemplo, si éstas son excesivas probablemente incitarán a la evasión, a la informalidad o al empleo sumergido y, por tanto, aportarán poco a la misma seguridad social y mucho menos al bienestar social. En cambio, si el sistema de seguridad social no existe o es débil (y por ello, tiene cargas insuficientes para sostenerlo adecuadamente), se provocará seguramente una mayor desprotección (al menos, de los sectores laborales y familiares más desfavorecidos) y con ello, mayores costos sociales para el país y también para el clima empresarial y las inversiones, al no tener disponibles coberturas de salud, de seguridad e higiene en el trabajo, del desempleo, de los riesgos de vejez, enfermedad, discapacidad, etc.<sup>13</sup>. El equilibrio no puede diseñarse teóricamente, sin referencia a una sociedad y a un desarrollo determinados. Lo que en unos países puede ser mínimo en otros

---

<sup>13</sup> Sobre el tema, ver mi libro *Seguridad Social: Nova et Vetera*, EDNASSS, San José, Costa Rica, 2001, sobre todo el Capítulo I, Sentido, Límites y Posibilidades de la Seguridad Social, y particularmente a partir de la página 36 y el cuadro comparativo entre cargas y costos de la seguridad social y otras variables como desempleo, crecimiento económico y esperanza de vida al nacer. En él se demuestra que, paradójicamente, los países que tienen bajos costos de la seguridad social (i.e., de las cargas sobre las planillas, o “*payroll taxes*”), tienen mayores niveles de desempleo, informalidad, menores indicadores de esperanza de vida y no aumentan ni el crecimiento económico ni la libertad económica. De manera que los costos de la seguridad social (*lato sensu*), entre el 15% y el 25% del PIB, no afectan el crecimiento económico, ni la libertad económica y son compatibles con bajos niveles de desempleo, de informalidad laboral, y de alta esperanza de vida. En cambio, es probable que por debajo del 10% sobre el PIB (el promedio de América Latina en el 2000, fue del 8,8%) y por encima del 30% sobre el PIB, se afectarían seguramente los niveles de empleo formal a favor de la economía informal o sumergida, o el crecimiento económico y el propio bienestar social. Obviamente, los países más ricos son capaces de soportar cargas sociales más altas que los países menos desarrollados, para los que una carga superior al 20% sería difícil de sostener sin aumentar la evasión o afectar el empleo formal y el crecimiento económico. El margen tan bajo de algunos países, sin embargo, indica que es posible crecer en la mayoría de los países de América Latina, sin afectar el crecimiento económico y más bien aumentar el bienestar social y los derechos laborales.



puede ser suficiente. Lo que en unos países o zonas puede ser excesivo en otros puede ser adecuado. Pero el equilibrio debe buscarse y ajustarse siempre. Si hay mucho desempleo o está aumentando la informalidad, parece poco prudente, por ejemplo, subir desproporcionadamente (más allá de la inflación, por ejemplo) el salario mínimo, o mantener y aumentar la inflexibilidad laborales o bajar la jornada laboral. En condiciones más estables y de crecimiento económico, en cambio, ese tipo de políticas sociales pueden ser efectivas y pueden aumentar el bienestar social, sin comprometer la estabilidad macroeconómica, la seguridad de las inversiones, la competitividad de los empleadores y el crecimiento económico.

### **Tipos de exigencias de actuación gubernamental para garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos de orden laboral**

La actuación estatal o pública, puede ser de cuatro tipos: a) actuación jurídica (en sentido estricto), b) actuación institucional, c) servicios públicos, d) ayuda o subsidios estatales.

- a) Por **actuación jurídica** vamos a entender: 1) el reconocimiento normativo de esos derechos y de las obligaciones concomitantes (de los terceros obligados y responsables), que hemos dado en llamar “tipicidad”, y 2) el reconocimiento de mecanismos jurídicos (procesales y/o jurisdiccionales) de protección de esos derechos y que hemos llamado “exigibilidad”. En el tema de los derechos económicos y sociales de carácter laboral, interesa especialmente el reconocimiento de esos derechos a nivel constitucional, internacional (normalmente los Convenios de la OIT) y legal (normalmente en el Código de Trabajo y leyes conexas), así como el reconocimiento y operación de normas procesales que arbitren y permitan la defensa jurisdiccional y administrativa de esos “derechos” ante los tribunales y otras instancias administrativas o cuasi jurisdiccionales de protección (defensorías, procuradurías de los derechos fundamentales, Ministerios de Trabajo, normas procesales y de organización de tribunales de trabajo, etc.).
- b) Por **actuación institucional** vamos a entender el establecimiento y mantenimiento de un sistema institucional (normalmente de

carácter “público” o “gubernamental”), capaz de dar garantía y sustento a los derechos o valores tutelados por el sistema jurídico. Por ejemplo, en lo que hace a los derechos laborales, la existencia y operación efectivas de un Ministerio de Trabajo, de una Dirección de Inspección eficiente, de una Dirección de Relaciones Laborales (negociación, mediación, conciliación, resolución alterna de conflictos) eficiente y accesible, de funcionarios públicos capaces, accesibles y honestos; unos Tribunales laborales (y constitucionales) accesibles, capacitados, eficientes y confiables, etc.

- c) Por **servicios públicos**, vamos a entender el conjunto de actividades (servicios) disponibles y accesibles para toda la ciudadanía en condiciones de equidad. Puede que esos servicios sean “administrados” por entidades públicas (centrales o descentralizadas) o por organizaciones privadas (con o sin fines de lucro), lo importante es que estén disponibles y sean accesibles para todas las capas sociales en condiciones de equidad, por lo que el costo de los servicios sociales tiene que considerar las diferencias culturales, económicas y sociales de los usuarios de los mismos, de manera que puedan subsidiarse o darse gratuitamente a los más desposeídos. En el campo de los derechos de carácter laboral, es necesaria la existencia y operación efectivas y disponibles de sistemas de seguridad social, de cobertura de los riesgos laborales, de capacitación para el trabajo, etc.
- d) Por **mecanismos de ayuda y/o de subsidios estatales** vamos a entender el conjunto de sistemas y servicios que colaboran con los sectores y grupos más necesitados para acceder al sistema institucional y jurídico y a los servicios públicos. En el campo de los derechos de carácter laboral, es conveniente que existan, por ejemplo, cuerpos de abogados y de asesoría laboral para los trabajadores ordinarios o de escasos recursos (e incluso “pequeños empresarios” y grupos laborales) para apoyarlos en la defensa de sus derechos, etc.

Como se observa, el reconocimiento y el cumplimiento de los derechos sociales de orden laboral, no depende tan solo del reconocimiento normativo y jurisprudencial de los mismos, sino de que ellos sean posibles de ejercer y desarrollarse en la realidad. Para ello, los otros componentes son tan necesarios como el primero (el

reconocimiento y la exigibilidad jurídicas). Y eso es aplicable para todos los derechos (*lato sensu*), aunque el énfasis y las necesidades puedan ubicarse más en unos instrumentos que en otros.

A este respecto, hay un tema y una exigencia jurídica, un tema y una exigencia de desarrollo institucional, y un tema y una exigencia de acciones estatal.

Entre los temas y exigencias jurídicos tenemos (como he dicho), la necesidad de

- Reconocimiento normativo (tipicidad) de esos valores o derechos laborales
- Mecanismos procesales de tutela (exigibilidad) de esos valores o derechos sustantivos.
- Efectividad y accesibilidad de esos mecanismos de tutela.

Entre los temas y exigencias institucionales tenemos la necesidad de

- Ministerios de Trabajo, oficinas inspección, de mediación y conciliación, de consulta y tutela laborales, disponibles, confiables y accesibles para todas las partes de una relación laboral.
- Tribunales laborales disponibles, confiables y accesibles para resolver todas las controversias y garantizar jurídicamente el respeto y el cumplimiento de los derechos y obligaciones laborales de todas las partes.

Entre los temas y exigencias de acción estatal o gubernamental tenemos la necesidad y la existencia de:

- Programas e instituciones que brinden educación, salud y otros servicios públicos, para toda la población en condiciones de equidad y que sean accesibles para todos los sectores sociales. Sin educación y sin salud (*lato sensu*) o, si se quiere, sin disponibilidad e inversión en “capital humano”, difícilmente podrá promoverse un trabajo “productivo” para los empleadores y, por tanto, capaz de ser crecientemente remunerado y reconocido por estos a favor de sus trabajadores.
- Programas de formación para el trabajo, de manera que se capacite mejor a la fuerza laboral y con ello se aumenten la

productividad del trabajo y las remuneraciones y derechos de los trabajadores. Estos pueden o no ser administrados por entidades públicas o estatales, por los propios empresarios, por sectores laborales, por entidades privadas o sociales, o por combinaciones de grupos (mejor aún, de todos los sectores) y otros mecanismos mixtos. Lo importante, una vez más, es que esos programas existan, estén disponibles, sean útiles (respondan a las necesidades empresariales y laborales y al entorno económico) y sean accesibles para los sectores empresariales y laborales que los necesitan.

- Estabilidad económica y social. Sin una estabilidad macroeconómica (inflación, déficit público), social y hasta política y jurídica, difícilmente puede impulsarse la inversión (pública y privada) necesaria para el desarrollo económico y, con él, para las finanzas públicas, para el financiamiento estable de los programas y políticas de infraestructura, de capital humano e institucionales que impulsen el crecimiento económico y la capacidad para sostener programas sociales de cobertura y acceso para toda la población (programas universales) y, especialmente para los sectores más desfavorecidos (programas focalizados de acción pública).
- Políticas que promuevan mayor igualdad material o al menos políticas no regresivas socialmente (una parte importante del gasto público en América Latina es regresiva socialmente y paradójicamente ello ocurre también en los llamados gastos sociales, como en las pensiones para empleados y funcionarios públicos, gasto para universidades, subsidios y exoneraciones para grandes empresas o grupos que están en los deciles superiores de ingreso, etc.). La igualdad de derechos y la no discriminación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH, como he dicho en otro lugar, tiene obviamente un alcance formal y de tutela de la “igualdad de derechos”, pero esa igualdad tiene también vocación de alcanzar mayor “igualdad de oportunidades”. Esa vocación permite e impulsa la adopción de “acciones afirmativas” para lograr mayor acceso y mejor ejercicio de los derechos para todos los seres humanos y particularmente para los más desfavorecidos. Esas acciones afirmativas pueden ser universales o focalizadas (dirigidas para grupos especialmente vulnerables o desprotegidos). Sin embargo,

cualquier que sea la política o acción afirmativa que se adopte, no debe contradecir la libertad ni la igualdad de derechos<sup>14</sup>.

- Políticas promotoras del crecimiento económico y el empleo formal. Lo primero es evitar cualquier acción o política que ahuyente la inversión sana y el desarrollo económico. Un test básico en política social, es verificar si la acción –bien intencionada o no– de un gobierno, puede provocar o impulsar el desempleo, disminuir la inversión productiva o la libertad de empresa y de trabajo. Es esencial, por otra parte, que se estudien y corrijan las causas que provocan la economía sumergida y promueven el empleo informal<sup>15</sup>. A veces, el sistema normativo e institucional juega en contra del derecho de las personas más pobres y más necesitadas, al exigir requisitos y reglas desproporcionadas e ilusas, que los sacan del mercado y del empleo formal (reglas o cargas sociales excesivas, requisitos burocráticos difíciles de cumplir e incluso de conocer adecuadamente, practicas discriminatorias en su aplicación, corrupción, etc.). Por otra parte, también es verdad que los mecanismos institucionales no funcionan adecuadamente para enfrentar la “informalidad” y la evasión del cumplimiento de reglas, que sí son razonables y que deberían y podrían exigirse adecuadamente.

### **Derechos de carácter laboral protegidos por los pactos de derechos económicos, sociales y culturales. La tipicidad de los mismos y sus problemas conexos**

#### **Artículo 6.1 (común a ambos instrumentos: PIDESC y Protocolo de San Salvador)**

- **Derecho al trabajo** (derecho a trabajar, “oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo”, “oportunidad de obtener los medios

---

<sup>14</sup> Sobre el tema, in extenso, mi libro *Igualdad de Derechos: Isonomía y No Discriminación*, San José, Editorial Universidad Autónoma de Centro América, 1998.

<sup>15</sup> Sobre el tema en general, conviene repasar el trabajo de Hernando De Soto, *El Otro Sendero*, publicado en Lima, Perú, en 1986. Desde otra perspectiva y relacionado más con el derecho al trabajo se puede ver el trabajo sintético de Buesga Benito, Santos M, *La Economía Sumergida*, Madrid, Acento Editorial, 2000.

para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita”)

- **Libertad de trabajo** (libremente escogido y aceptado).

La redacción de este inciso en ambos instrumentos, sugiere la existencia de un derecho subjetivo (libertad de trabajo) y de un derecho como principio (el derecho a trabajar tiene virtualidades propias de un derecho en sentido estricto y de principio rector de la política social y económica).

### **Artículo 6.2 (común a ambos instrumentos)**

#### **Principios rectores de la política social y económica**

- **“Pleno empleo”** (plena efectividad del derecho al trabajo, “ocupación plena y productiva)
- **Orientación vocacional y capacitación laboral**
- **Apoyo a los “minusválidos para trabajar”** (Protocolo de San Salvador)
- **Apoyo a la mujer** (para que pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo)
- **Adecuada atención familiar**

La redacción de este inciso sugiere más un principio rector de la política social y económica que un “derecho” en sentido estricto. El concepto de “pleno empleo” no existe más que en la teoría, dado que es difícil o imposible de alcanzar en la práctica (salvo en sociedades donde no hay “libertad de trabajo”), por lo que la doctrina lo refiere a una situación donde el porcentaje de desempleo, sea bajo (normalmente por debajo del 5% se considera prácticamente como pleno empleo) y, además, la situación de los desempleados no sea más que transitoria (digamos menor a seis meses). Cuando el desempleo (y el subempleo y el empleo disfrazado o informal) superan el 10% y además el “*turn over*” es bajo, se puede afirmar que estamos en la situación de antítesis del objetivo internacional (salvo situaciones explosivas y serias de crisis política, económica, social, etc.).

Las políticas de apoyo para la mujer o los discapacitados (el Protocolo de San Salvador los llama “minusválidos”), la capacitación y orientación laboral y a la “adecuada atención a la

familia”, se prestan más a políticas institucionales, económicas, de servicios públicos, y de apoyos o subsidios gubernamentales, que a mecanismos jurídicos de tutela y exigibilidad. La tutela y exigibilidad jurídica dependerá de la forma en que podamos articular estos principios rectores con la aplicación concomitante y paralela de los principios de igualdad y no discriminación, del debido proceso (aplicables también, aunque limitadamente, a las relaciones entre particulares y plenamente en la función pública) e inclusive del “contenido esencial” y de la razonabilidad.

Otra derivación del concepto de apoyo a la mujer en el trabajo tiene que ver con la maternidad y con las obligaciones propias y naturales de su condición de madre y que, al menos social y culturalmente, se diferencian de las propias del varón. En primer lugar, la protección especial que todas las legislaciones y los Convenios de la OIT dispensan a favor de la mujer trabajadora embarazada y que se concreta en dos derechos particulares: 1) derecho a licencia por maternidad (según los países, esa licencia va desde los 2 hasta los 6 meses) y/o por lactancia (normalmente incluida en el plazo citado, pero además con derecho de horarios especiales que permitan amamantar a sus hijos). Licencia que en la mayoría de las legislaciones debe ser pagada (aunque no necesariamente en un 100% y aunque ese pago corresponda indistinta o concurrentemente a los empleadores, el Estado o la Seguridad Social). 2) Derecho a “estabilidad laboral” reforzada durante el embarazo y el período de lactancia. En estos casos, la legislación tiende a exigir la existencia y a probar una causa justa para el despido. La reparación de las violaciones a esas exigencias, implicarán la reinstalación, los salarios caídos u otro tipo de indemnizaciones superiores a las que se aplican normalmente para el resto de los trabajadores o para ellas mismas cuando no tienen esa condición. 3) Algunas constituciones y legislaciones arbitran también la exigencia de tener guarderías en los centros de trabajo o en lugares accesibles para las mujeres trabajadoras, al menos para los hijos más pequeños, de manera que puedan dedicarse con seguridad a su condición de trabajadoras. En la práctica, sin embargo, salvo algunas excepciones, esa exigencia es más retórica que práctica en la mayoría de los países y casos.

### **Artículo 7 (común a ambos instrumentos)**

#### **a. Remuneración y salario mínimos. Salario equitativo e igual por trabajo igual**

Se trata en verdad de dos derechos: 1) el derecho al salario mínimo, y 2) el derecho al salario igual por trabajo igual. Ambos derechos pueden articularse y tutelarse jurídicamente como “derechos subjetivos” (tutelables directamente en su contenido ante instancias administrativas y judiciales). El problema que plantea el derecho al salario mínimo, es que la fijación de ese mínimo es una decisión gubernamental que, además, está ligada directamente al desarrollo económico y al mercado de trabajo, por lo que no puede fijarse artificialmente alto (porque podría provocar desempleo o informalidad laboral) y de fijarse muy bajo, no tendría sentido práctico. En los países de nuestra América, el salario mínimo *minimorum* oscila entre US\$ 50 y poco más de US\$ 300. En ninguno de los casos, ese salario, por sí solo, permite sostener el costo de la canasta básica (no solo “alimentaria”) para una familia promedio.

#### **b. Libertad de trabajo y derecho a cambiar de trabajo**

Se reconoce en ambos pactos y se tipifica jurídicamente como un verdadero derecho subjetivo directamente exigible y tutelable. Aunque la realidad (diversidad y oferta de empleo disponible), pueda afectar la efectividad de este derecho, la libertad puede perfectamente ejercerse y exigirse jurídicamente<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Claro que alguien podría decir que se articula como una libertad formal, por contraposición a la material, pero eso mismo es aplicable a buena parte de las libertades públicas y la experiencia enseña que esa formalidad es ya un avance importante para la dignidad humana. Es verdad que la libertad podría significar únicamente la libertad para dormir bajos los puentes del Sena (la expresión es de Anatole France para quejarse de la poca utilidad práctica de las libertades formales), pero esa verdad es apenas mediana, porque la libertad formal es el primer y fundamental paso para alcanzar una libertad real (*freedom from want, freedom from fear*, para usar las expresiones de Franklin D. Roosevelt), y ella tiene importantes efectos (jurídicos y sociales), por sí mismos (es decir, aun en ausencia de la plena libertad material). La expresión de Roosevelt se refiere a las que llamó “cuatro libertades básicas”, en su discurso ante el Congreso de los Estados Unidos el 6 de enero de 1941. En él afirmó que: “*In the future days, which we seek to make secure, we look forward to a world founded upon four essential human freedoms. The first is freedom of speech and expression—everywhere in the world. The second is freedom of every person to worship God in his own way—everywhere in the world. The third is freedom from want—which, translated into world terms, means economic understandings which will secure to every nation a healthy peacetime life for its inhabitants—everywhere in the*



**c. Derecho a la promoción o ascenso en el trabajo**

Este derecho se articula (se tipifica) más como un principio rector de la política social y económica que como un derecho subjetivo, pero permite consecuencias jurídicas muy importantes si se acompaña de la aplicación concomitante y paralela de los principios de igualdad y no discriminación, del debido proceso (aplicables también, aunque limitadamente, a las relaciones entre particulares y plenamente en la función pública) e inclusive del “contenido esencial” y de la razonabilidad.

**d. Estabilidad laboral****a. Justa separación para el despido****b. Despido injustificado supone el reconocimiento de:****i. Indemnización****ii. Readmisión en el empleo****iii. Cualquier otra prestación prevista ley nacional  
(¿seguro de desempleo?)**

El concepto de “estabilidad laboral” (reconocido como “estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación”, conforme al artículo 7.d, del Protocolo de San Salvador), supone una restricción a la “flexibilidad” del despido, aunque no imponga la “inamovilidad laboral” (al menos, para la “justa separación”).

Los efectos jurídicos del concepto, son complejos de definir *a priori*: ¿implica que el empleador no puede despedir libremente, aun pagando “prestaciones por cesantía y por preaviso” y los otros extremos laborales? ¿Implica que el despido debe ser justificado y

---

*world. The fourth is freedom from fear-which, translated into world terms, means a world-wide reduction of armaments to such a point and in such a thorough fashion that no nation will be in a position to commit an act of physical aggression against any neighbor-anywhere in the world.”* El discurso completo aparece en “[www/thirdworldtraveler.com](http://www/thirdworldtraveler.com)”, *Human Rights and Democracy Documents*.

motivado específicamente? ¿Implica que, en ausencia de “justa causa”, no se puede despedir a los trabajadores? Es obvio que el concepto internacional no es tan amplio como sugiere el nombre (estabilidad, seguridad en el empleo), porque el mismo queda matizado al establecer que esa estabilidad estará sujeta a “las características de las industrias y profesiones”, y porque la misma norma establece las opciones frente al “despido injustificado”, que pueden ser de tres tipos: a) indemnización, b) readmisión en el empleo (reinstalación), c) cualquier otra prestación prevista en la legislación laboral (v.g., salarios caídos, etc.).

Por ello, el concepto de “estabilidad” en el trabajo, está relacionado directamente con las consecuencias del despido “injustificado” (sin justa causa)<sup>17</sup>. Al punto que la doctrina ha distinguido entre “estabilidad propia” y “estabilidad impropia”. La primera puede ser “absoluta” o “relativa”<sup>18</sup>. En la “absoluta”, el empleador tiene vedada la posibilidad de despedir sin invocar una causa y está obligado a reincorporar al trabajador en caso contrario. En la relativa, en caso de despido injustificado debe pagarse una indemnización agravada. Generalmente, la “estabilidad propia” se da para protección de los empleados públicos o para los representantes gremiales o sindicales con ocasión del llamado “fuero sindical” (en ambos sectores: públicos y privados).

En la estabilidad “impropia”, no se garantiza la perduración del vínculo jurídico (laboral), sino una indemnización en caso de despido sin causa. Se trata de evitar el despido ilícito imponiendo una sanción indemnizatoria al empleador que incurre en esa causal, indemnización normalmente pretasada y proporcional al salario y a la antigüedad del trabajador despedido “sin justa causa”.

Por eso, respecto de la indemnización por “despido injustificado”, cabe preguntar si se trata únicamente de una “indemnización pretasada” o el pago de la cuantía prevista previamente por

---

<sup>17</sup> Sobre el tema, en general, ver la obra colectiva *Estabilidad Laboral y Régimen Indemnizatorio*, publicado por la Asociación Costarricense del Derecho al Trabajo junto con la UCI, San José, 2000.

<sup>18</sup> La distinción es de Grisolia, Julio A., “Actualidad del Derecho al Trabajo. Flexibilidad Laboral. Estabilidad y Régimen Indemnizatorio. Perspectivas”, en la obra colectiva *Estabilidad Laboral y Régimen Indemnizatorio*, publicado por la Asociación Costarricense del Derecho al Trabajo junto con la UCI, San José, 2000, pags. 41 y ss.

causa del despido “injustificado” (v.g., pagos predefinidos por preaviso o cesantía, o “prestaciones laborales” como se le conoce en muchos de nuestros países); o si se trata de una “indemnización” plena o “abierta” de “daños y perjuicios” (materiales y morales). La mayoría de la legislación laboral europea o latinoamericana sigue el principio de “indemnización tasada” (pago de prestaciones proporcional al salario y a los años laborados), en general. Sin embargo, hay casos en que la sanción implica la “readmisión en el empleo” o la reinstalación, particularmente en el caso de trabajadores del Estado, de líderes sindicales ilegítimamente despedidos, de trabajadoras embarazadas despedidas sin justa causa o de despidos “discriminatorios” (en función del sexo, la raza, el origen étnico, el hostigamiento sexual o la discapacidad). Ese modelo parece ser el más generalizado en América Latina, “estabilidad impropia” para la generalidad de los trabajadores y “estabilidad propia” para trabajadores especialmente tutelados. En este tipo de casos, se exige, normalmente, la reinstalación en el puesto de trabajo y, además, una indemnización complementaria por los daños sufridos (salarios caídos y otras formas de indemnización por despido injustificado). Tal vez, esto explica por qué en el Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá (Sentencia del 2 de febrero del 2001, complementada por Sentencia del 28 de noviembre del 2003), la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigió como indemnización por la “destitución arbitraria” de los 270 empleados públicos (ocurrida en diciembre de 1990)<sup>19</sup>, el “pago de salarios caídos y demás derechos laborales que les correspondan según su legislación” (ver Punto Resolutivo #6), el deber del Estado de “reintegrar en sus cargos a los 270 trabajadores (...) y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser

---

<sup>19</sup> El caso hace referencia a la destitución “arbitraria” en diciembre del año 1990 (poco después de la intervención militar norteamericana y la reinstalación del régimen constitucional) de “270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales, a quienes se acusó de complicidad con una asonada militar. Posteriormente al despido arbitrario de dichos trabajadores, en el procedimiento de quejas y demandas, se cometieron en su contra una sucesión de actos violatorios de sus derechos al debido proceso y a la protección judicial” (ver Introducción de la Causa #1, de la Sentencia del 2 de febrero de 2001). El caso se inició internacionalmente por denuncia (#11.325) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 22 de febrero de 1994 y fue elevado a la Corte Interamericana el 16 de enero de 1998. En el orden interno duró 3 años. En el orden internacional 9 años para la Sentencia Interpretativa del 2003 (o 7 años para la Sentencia sobre el Fondo).

despedidos (...)” (ver Punto Resolutivo #7), el daño moral (US\$ 3.000 para cada trabajador despedido, ver Punto Resolutivo #8), además de US\$ 120.000 general por “reintegro de gastos generados por las gestiones de las víctimas” y “costas” procesales (ver Punto Resolutivo #9).

#### **e. Seguridad e higiene en el trabajo**

El tema de seguridad e higiene en el trabajo supone la aplicación de políticas económicas y sociales junto a mecanismos jurídicos de tutela, encabezados por las inspecciones de los Ministerios de Trabajo y de otras dependencias gubernamentales y de mecanismos de incentivos al cumplimiento de condiciones de trabajo adecuado y desincentivos o sanciones por la siniestralidad y los riesgos del trabajo. Fijado el mínimo para cada actividad de manera objetiva por las autoridades públicas, cualquier violación a ese mínimo puede ser impugnada y dar lugar a responsabilidades jurídicas.

#### **f. Protección de los menores en el trabajo**

Este derecho y principio de la política social y económica tiene, potencialmente al menos, virtualidad y efectos jurídicos propios, tipificables y exigibles (al menos parcialmente) como derecho subjetivo en sentido estricto (sin perjuicio de su carácter de principio rector o directriz normativa). Ello supone la prohibición del trabajo subordinado a partir de cierta edad (normalmente 15 o 16 años, pero en algunos países se aplica a los 12 años), y la protección y tutela especial en el trabajo para los menores con capacidad jurídica de trabajar (entre los 15 y los 18, por ejemplo). Esto último implica la prohibición de cumplir ciertas jornadas de trabajo, en determinados horarios, etc.

Pero no nos hagamos demasiadas ilusiones. En determinadas sociedades latinoamericanas prohibir el trabajo infantil o adolescente, puede tener por efecto que en lugar de proteger a los menores puede empujarlos al “trabajo clandestino” o no “subordinado” y perderse una oportunidad (aunque mínima) de proteger algunos de sus derechos, por la exclusión que se provoca y la invisualización social de su trabajo. El mercado de trabajo y la situación económica y social de las familias, puede provocar efectos

negativos, si se exagera en la aplicación de normas desfasadas de la realidad. El Derecho Internacional (los pactos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Convenios de la OIT, la Convención sobre Derechos del Niño, etc.) y el derecho constitucional, sin embargo, no deben ni pueden renunciar a la tutela frente al trabajo o en el trabajo de los menores y deben articularse mecanismos efectivos y realistas de tutela de esos valores.

**g. Límite de la jornada laboral y jornada limitada por trabajos peligrosos o nocturnos**

La exigencia de límites a la jornada laboral, como demuestra la historia, ha sido posible de impulsar y tutelar jurídicamente con relativo éxito en sociedades medianamente desarrolladas. La protección tuvo un triple propósito (jurídico, que social e históricamente tuvo otros propósitos), proteger y cuidar de la salud de los trabajadores, tutelar su dignidad humana y establecer un mercado de trabajo regulado con protección para los trabajadores. Es típicamente un derecho subjetivo cuyo incumplimiento es una violación sancionada e indemnizable, que se puede exigir ante las instancias administrativas y judiciales del orden laboral.

El problema en América Latina se plantea, en primer lugar con los trabajadores informales y, respecto de los formales, con las consecuencias de salarios que no cubren las necesidades básicas, porque en ambas condiciones se obliga al trabajador a buscar jornadas superiores con sus propios patronos o con otros (doble jornada de trabajo), sin que se apliquen para muchos trabajadores, las consecuencias previstas para el trabajo “extra” (por encima de la jornada laboral máxima), como es la propia limitación de esa jornada extraordinaria y el pago superior de las horas extra laboradas. Los pactos no señalan el monto de la jornada laboral, pero el derecho comparado a nivel constitucional y legal señala para la América Latina, una jornada laboral máxima de 40 a 48 horas por semana. Algunos países europeos han bajado la jornada a las 36 o 37 horas (Francia y Alemania), pero hay signos que indican la posibilidad de un regreso a la jornada de 40 horas semanal. Algunos países la definen en función de la jornada diaria. En ningún caso, la jornada máxima la fijan por debajo de 8 horas y por encima de 10 horas la jornada ordinaria diurna (existen regulaciones que bajan la jornada

máxima para la noche y horarios mixtos). Muchos países exigen que la jornada total, ordinaria y extraordinaria, no sobrepase las 12 horas diarias. En nuestra América, al igual que en el resto del mundo, se discute la llamada “flexibilidad de la jornada laboral” en el marco de la flexibilización laboral. Desde el punto de vista del Derecho Internacional, no habría problema especial en incorporarla, siempre y cuando se resguarde la salud e higiene de los trabajadores (una jornada diaria superior a 12 horas parece improcedente, por ejemplo) y no se reduzcan los máximos semanales o mensuales. Por lo pronto, cualquier planteamiento que obligara a trabajar más de 48 horas por semana sería difícilmente aceptable por los estándares internacionales del trabajo.

En cuanto a la jornada nocturna y de trabajos peligrosos, los Pactos no dicen mucho más, pero del texto y del contexto de los mismos, se colige que esas jornadas tendrán necesariamente que ser menores que las jornadas de trabajo ordinario (léase, diurno) y en trabajos “seguros” relativamente. En cualquiera de los casos, sin embargo, deben cumplirse las reglas de higiene, salud y seguridad ocupacionales, tuteladas por otros artículos en los instrumentos internacionales.

#### **h. Derecho al descanso laboral**

##### **a. Descanso en la jornada**

##### **b. Tiempo libre**

##### **c. Vacaciones pagadas**

##### **d. Días feriados remunerados**

El derecho al descanso laboral es también un derecho que puede comportarse y exigirse como derecho subjetivo (típico y exigible). Los pactos internacionales, sin embargo, no determinan los mínimos de tiempo libre, de descanso, de vacaciones, de días feriados, quedando ello a la discrecionalidad o al margen de disposición de la legislación (de la Ley en sentido formal) nacional. Sin embargo, el contenido esencial y la razonabilidad exigen que esos conceptos sean “progresivos” y no regresivos, desde la perspectiva de la situación actual, de manera que la legislación no podría reducirlos sin afectar esos derechos internacionalmente tutelados. En los países de la

América Latina, las vacaciones pagadas no bajan de 2 semanas por cada año laborado (en algunos países se otorga hasta un mes y en algunos países de Europa hasta 6 semanas, pero hay países asiáticos y los propios Estados Unidos donde las vacaciones son “no pagadas”). En todos los sistemas jurídicos de América Latina, por influencia quizás del Cristianismo, se reconoce, al menos, un día feriado por semana y los feriados propios de cada país (que van de 6 a 14 según el país). No parece que exista un derecho adquirido a los feriados de Ley, de manera que la legislación puede aumentarlos, cambiarlos o derogarlos sin violentar la normativa internacional. Lo que no puede hacer la Ley es reconocerlos sin exigir su remuneración, porque eso es una exigencia de orden internacional. Sobre el descanso en la jornada laboral, no hay legislación generalizada en la región, pero esa definición debe fundarse en las condiciones del trabajo y de acuerdo con las recomendaciones de salud, higiene y cumplimiento de las necesidades físicas y psicológicas (tiempo para los desayunos, merienda, almuerzo, cena, uso de los baños, etc.). La razonabilidad, el debido proceso y la igualdad serán mecanismos para tutelar ese “derecho” o “principio”.

### **Art. 8.1**

- a. Derecho y libertad de formar o pertenecer a sindicatos**
- b. Derechos de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales e internacionales**
- c. Derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos**
- d. Derecho de huelga**

### **Artículo 8.2 Restricciones legales al ejercicio de esos derechos**

### **Artículo 8.3 Referencia al Convenio de la OIT sobre Libertad Sindical**

La tipicidad internacional, constitucional y legal de la **libertad sindical y del derecho de huelga**, determinan la condición de derechos subjetivos plenos, exigibles ante los tribunales en cuanto tales y con todas las consecuencias jurídicas de esa condición. Ese derecho es tutelable, incluso, como derecho “civil y político”, dado que aparece tutelado también como una manifestación particular del

derecho y libertad de asociación (ver artículo 16 de la CADH). En el caso de la libertad sindical, ella es, además, específicamente tutelable ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el “sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (ver artículo 19, inciso 6, del Protocolo de San Salvador).

Como toda libertad de asociación, la libertad sindical, es una libertad positiva (derecho a formar o integrarse a un sindicato) y una libertad negativa (derecho a no ser impelido, obligado o impulsado contra su voluntad a formar parte, a integrarse a un sindicato y derecho a dejar de formar parte de alguno en el momento que así lo considere). Ello restringe y prohíbe las prácticas sindicales que, *de facto* o *de iure*, impliquen esa obligación. Se prohíben, en consecuencia, los llamados “*closed shops*” del sindicalismo anglosajón, es decir, es prohibida la obligación de pertenecer a un sindicato para trabajar en una industria o actividad o para ser promovido o ascendido o para tener privilegios o ventajas que vayan más allá de la protección del “fuero sindical” (y las ventajas que se otorguen con el propósito de garantizar la representatividad y el trabajo sindical, v.g., permisos sindicales, etc.). Más allá de esos privilegios, y en cuanto sean razonables y proporcionados, la pertenencia o no a una organización sindical no debe dar derechos que no se otorgan a los trabajadores no sindicalizados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tuvo ocasión de referirse a este aspecto de la libertad sindical en el caso *Young, James and Webster* contra Inglaterra (Sentencia del 13 de agosto de 1981), al considerar que independientemente de la compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos del sistema inglés del “*closed shop*” en las empresas, la amenaza de despido y el despido de un trabajador por no pertenecer a un sindicato, es desproporcionada y violatoria de la libertad sindical.

En la versión positiva, la libertad sindical supone no solamente que no existan restricciones legales para ejercer ese derecho (más allá de las restricciones que permiten los propios instrumentos internacionales como es el caso de las fuerzas armadas, de la policía o de otras restricciones legítimas), en lo público y en lo privado, sino que, además, esa libertad quede tutelada (tipificada y exigible), al menos, frente a las prácticas “antisindicales” más conocidas.



Normalmente, supone también, el reconocimiento del llamado “fuero sindical”, es decir, de la protección reforzada de los dirigentes sindicales (en el proceso de formación del sindicato y en la operación del mismo), y en general de los trabajadores sindicalizados frente a los despidos injustificados (sin justa causa), lo que normalmente supone un reforzamiento de la “estabilidad laboral” y exigencias mayores de indemnización, exigencias de carga de la prueba y de mecanismos reparadores más amplios para los casos de despido ligados al ejercicio de ese derecho. En este sentido, casi todas las legislaciones y constituciones de América Latina reconocen el llamado “fuero sindical” y la exigencia de reinstalación de los trabajadores despedidos con ocasión de la afiliación o de la participación en un sindicato (reinstalación acompañada normalmente de pago de “salarios caídos” y de indemnizaciones complementarias por la violación y el despido ilegítimo). Esa protección es especialmente reforzada para los dirigentes sindicales (de manera general) y para los trabajadores sindicalizados o por sindicalizarse. En este último caso, la protección reforzada se daría únicamente por los actos relacionados con la actividad sindical (participación en manifestaciones, reuniones, adhesión de pronunciamientos, huelgas lícitas, etc.), pero no de manera general. En el sistema interamericano, la Corte Interamericana tuvo ocasión de desarrollar ampliamente estos derechos (tutelado más como derecho y libertad de asociación sindical al amparo del artículo 16 de la CADH), en el caso Baena Ricardo y Otros contra Panamá (Sentencia del 2 de febrero del 2001, complementada por Sentencia del 28 de noviembre del 2003). El caso hace referencia a la destitución “arbitraria” en diciembre del año 1990 (poco después de la intervención militar norteamericana y la reinstalación del régimen constitucional) de 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales, a quienes se acusó de complicidad con una asonada militar. La Corte, como dije, exigió como indemnización por la “destitución arbitraria” de los 270 empleados públicos (ocurrida en diciembre de 1990), el “pago de salarios caídos y demás derechos laborales que les correspondan según su legislación” (ver Punto Resolutivo #6), y el deber del Estado de “reintegrar en sus cargos a los 270 trabajadores”, el pago por daño moral, entre otras disposiciones resolutivas de la sentencia. Obsérvese que esa protección especial se dispensó no únicamente a “dirigentes sindicales”, sino a todos los trabajadores despedidos

injustamente (injusticia relacionada con la “participación en una manifestación por reclamos laborales”).

La obligación del Estado y demás entidades frente a este derecho, sin embargo, no se agota ahí, porque ha de incluir, como vimos, la acción negativa (no prohibir, ni sancionar ni interferir en el ejercicio de esa libertad sindical), la positiva de desarrollar normativamente los elementos esenciales y concomitantes de ese derecho y darles exigibilidad y tutela normativa, así como de regular y sancionar las prácticas antisindicales y de establecer los sistemas institucionales y los servicios públicos para hacer efectivo ese derecho (Ministerios y Tribunales de Trabajo efectivos, confiables y accesibles) y, eventualmente, cooperar con asistencia letrada y educativa para el desarrollo de ese derecho.

El derecho de huelga, por su parte, tiene un desarrollo normativo muy parco en los convenios internacionales, por lo que se convierte en un derecho (típico y exigible), pero a partir de un “concepto jurídico indeterminado” (aunque determinable administrativa y judicialmente en cada caso concreto). Este derecho, como cualquier otro (civil, político, económico, social y cultural), no es ilimitado, por supuesto. Más que un derecho individualizable en personas de carne y hueso (aunque también lo es), es un “derecho colectivo”, ejercitable, por tanto, por organizaciones de trabajadores (sindicatos o no, confederaciones, etc.) o incluso por los propios patronos (aunque en estos casos, la doctrina y la legislación prefieren llamarlo “paro patronal”, que tiene otras connotaciones). En todas las legislaciones, la huelga no puede decretarse sino después de un proceso infructuoso de negociaciones con las contrapartes (gubernamentales, empresariales o gremiales) y no puede afectar en los “servicios esenciales”. Concepto también indeterminado, pero tutelado en todas las legislaciones del orden interno e internacional. El concepto: 1) es diferente al más genérico de “servicios públicos”, dado que no todos los servicios públicos son “esenciales”, 2) no todos los aspectos de un servicio público esencial (salud, educación, transporte) “son esenciales” y 3) los “servicios esenciales” también pueden existir en servicios típicamente privados o prestados por particulares (vía concesión, por ejemplo), pero con implicaciones más allá de la empresa o de los gremios donde ese derecho se ejerce. El ejercicio del derecho de huelga, no debe afectar seriamente a la ciudadanía en general (salvo como efecto secundario y más allá de

las molestias propias de la vida en sociedad), sino principalmente contra el patrono o empleador frente al que se ejerce. Dentro de los servicios de salud, de electricidad, de agua, de terminales de transporte, de transporte remunerado de personas, por ejemplo, puede haber aspectos no “esenciales” (en el sentido restringido del término) que no requieran una tutela reforzada frente al derecho de huelga.

Por otra parte, el ejercicio de ese derecho de huelga debe afectar lo menos posible el ejercicio de otros derechos y los derechos de terceros, porque el ejercicio de un derecho no justifica la violación desproporcionada de otros derechos del mismo rango. Particularmente, no puede coaccionarse a nadie para que se incorpore al movimiento contra su voluntad, no debe afectarse el derecho de trabajar de otros trabajadores de la actividad o empresa en huelga (no así, de otros trabajadores ajenos o “antihuelgas”, salvo como contrapartida proporcional para la protección y operación de servicios esenciales), la libertad de circulación dentro y fuera de las instalaciones o en las vías públicas, ni habilita a tomar instalaciones o secuestrar personas (empleadores, etc.). Como con toda acción pública (reunión, manifestación), obviamente se permiten afectar limitadamente ciertos derechos (por ejemplo, de circulación por las vías públicas donde se ejerce ese derecho), pero siempre y cuando ello sea proporcionado (por ejemplo, se permita la circulación por otras vías alternas, etc.).

Las legislaciones y el derecho internacional exigen también el cumplimiento de requisitos procedimentales para ejercer ese derecho. Ello no es prohibido, sino más bien permitido por el ordenamiento jurídico y el DIDH, pero esa regulación debe ser razonable, proporcionada, no discriminatoria, debe respetar el debido proceso y no debe afectar el contenido esencial del derecho que se regula. La finalidad, no puede ser impedir o dificultar el ejercicio de un derecho sino garantizar derechos de terceros y el orden público en forma equilibrada, de manera que los derechos en juego puedan subsistir armónicamente.

El artículo 8 común a ambos convenios internacionales hace referencia a las “restricciones legítimas” a ambos derechos (a la libertad de sindicalización y al derecho a la huelga). Se exige 1) que las restricciones para ser legítimas deben estar “previstas por la

Ley”<sup>20</sup>, 2) que sean compatibles o propias de “una sociedad democrática”; 3) que sean necesarios (no simplemente “útiles”)<sup>21</sup> para “proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás”; 4) la Ley podrá limitar y restringir el ejercicio de esos derechos para “las fuerzas armadas y la policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales”. Obsérvese que no se trata de todos los servicios públicos, sino tan solo de los “esenciales”. Es la Ley (en el sentido que le da la Convención Americana) la única que puede establecer restricciones o limitaciones (sin perjuicio de que los jueces y jefes públicos “apliquen”, reglamenten o “ejecuten” las limitaciones legislativas). El concepto de sociedad democrática impone también límites a las restricciones o limitaciones y determina la legitimidad o no de éstas, porque ellas deben ser compatibles con el sentido “tópico” (en el sentido de “*topois*” o lugares comunes del Derecho)<sup>22</sup>, con la comprensión social y con el sentido jurídico de una “sociedad democrática”<sup>23</sup>. Por último, la finalidad de esas restricciones o limitaciones no puede ser arbitraria (al arbitrio de los gobernantes o legisladores), sino que debe estar dirigida a tutelar derechos de igual o superior rango de los demás, conforme a lo dicho.

### **Artículo 9 Derecho de “toda persona” a la seguridad social**

Por lo pronto, la concepción de los convenios internacionales es muy amplia, al reconocer el derecho a la seguridad social para “toda persona”, y no solamente a los “trabajadores” como se entendió originalmente, en los comienzos de la seguridad social y como lo reconoció tempranamente la OIT desde el Preámbulo de su carta constitutiva en 1919. Obviamente, algunos conceptos y coberturas de la seguridad social se refieren especialmente a los trabajadores

---

<sup>20</sup> Sobre el concepto de “Ley” en el sistema interamericano de derechos humanos, ver *Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

<sup>21</sup> La Corte Interamericana, recogió la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia # OC-5/85.

<sup>22</sup> Sobre el concepto, ver García De Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales de Derecho*, Civitas, Madrid, III edición.

<sup>23</sup> Sobre el concepto de “sociedad democrática” ver *Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, así como la *Carta Democrática de la OEA*.

(v.g., cobertura por riesgos de trabajo, desempleo), pero otros riesgos y coberturas, pueden y deben ampliarse a todas las personas o, al menos, a los familiares de los trabajadores en sentido amplio. En el caso del seguro y cobertura de salud (o de enfermedad, como se llama todavía en algunos países), los pactos internacionales lo reconocen a toda la población, al exigir la universalización progresiva del mismo (queda pendiente qué servicios de salud comprende, si todos los niveles y servicios, lo que no ocurre en ningún sitio, o solamente atención primaria, emergencias, servicios de segundo y tercer nivel, medicamentos, odontología, psicología, etc.). En el caso de maternidad, por su misma naturaleza, la cobertura se refiere a una condición especial de la mujer-madre y su relación con los menores, aunque existen legislaciones y sistemas que reconocen algunos derechos equivalentes a los padres trabajadores para el cuidado compartido de sus hijos recién nacidos. En el caso de la cobertura de pensiones, el sistema internacional permite y observa tres grandes grupos que reconocen una pensión universal (trabajadores o no, que tengan la condición por edad, invalidez o muerte), o pensión únicamente para los trabajadores asalariados que cumplan un mínimo de cuotas de seguridad social antes de que acontezca el riesgo previsto. Un tercer grupo de países, cubre a los trabajadores ordinarios, a los estatales y establece un régimen No Contributivo o de solidaridad para el resto de la población en edad o condición de jubilarse. A estos efectos, poco importa si el país cubre esa condición mediante un régimen de pensión de reparto (o, más bien, de capitalización universal), de capitalización individual, o mixto. Lo que importa es que esa pensión cubra el riesgo de vejez, invalidez y muerte y garantice un mínimo vital. En el caso de las “asignaciones familiares”, la inclusión en la seguridad social, parece más bien, un principio rector de la política social y económica. El seguro de desempleo, en cambio, es un derecho exigible como tal y puede ser cubierto legalmente por el patrono o por el Estado u otras dependencias gubernamentales.

La realidad en América Latina, como hemos visto, es que la seguridad social opera más como privilegio de algunos sectores laborales (formales y no todos los formales) y sus familias (pero aun así, limitadamente), que como un derecho de toda la población, salvo en algunos pocos países, donde la cobertura tiende o aspira a ser universal (Costa Rica, Cuba, por ejemplo), al menos para la salud o la enfermedad y la maternidad.

Algunos aspectos de la seguridad social, se pueden tipificar y exigir como verdaderos derechos subjetivos y algunos otros (las asignaciones familiares, por ejemplo), como principios rectores de la política social y económico o como derechos en sentido amplio (*lato sensu*) y, por tanto, de desarrollo y exigibilidad progresivos.

### **Derechos y/o principios rectores de la política social y económica. Implicaciones jurídicas**

La “tipicidad” propia (forma de reconocerlos y regularlos) de estos “derechos” laborales (*lato sensu*), determina que algunos se definan y puedan operar como verdaderos **derechos** (*strictu sensu*) y que otros se definan y puedan operar más como **principios rectores de la política social y económica**, pero que son también “derechos” en un sentido amplio (*lato sensu*). *En cualquiera de los casos, se trata de obligaciones jurídicas que tienen implicaciones jurídicas y que pueden hacerse valer ante órganos con capacidad para resolver y proteger bienes jurídicamente tutelados* (normalmente ante los tribunales y ante las instancias administrativas gubernamentales). Por tanto, no puede hablarse en ninguno de los dos casos de lo que la doctrina italiana llamaba “derechos programáticos” (en el sentido de aspiraciones o valores “no exigibles”). *Pero el tipo y el alcance de la exigencia jurídica de unos y de otros son diferentes.*

Los primeros (“derechos” en sentido estricto) deben poder ejercerse como “exigibles” por sus titulares como “situaciones jurídicas de ventaja” directamente ante órganos con capacidad para resolver controversias y para garantizar derechos o sancionar “violaciones”. Su incumplimiento se convierte en una violación o irrespeto, con posibilidades de exigir, además, responsabilidades normativas (reparación, indemnización, sanción), y el contenido sustantivo del “derecho” tutelado. Entre esos derechos (*strictu sensu*), por ejemplo, tenemos la libertad de trabajo, la libertad sindical, el derecho de huelga, e incluso el derecho al salario mínimo (al menos para el trabajador formal), la limitación de la jornada laboral, el derecho al descanso, las vacaciones y algunos aspectos del “derecho al trabajo”, la “indemnización” por despido injustificado, el pago de días feriados, el salario equitativo e igual por trabajo igual, la no discriminación laboral, ciertas prestaciones de la seguridad social (pensión en función del número de cuotas aportadas o ciertas prestaciones de salud o sanitarias), etc.

Los segundos (que llamamos “Principios Rectores” pero que son “derechos” en un sentido amplio), son esenciales y tienen ciertamente consecuencias jurídicas, pero no las mismas ni de la misma naturaleza que los primeros (los que sí tienen capacidad de comportarse como “derechos” en sentido estricto). Entre estos principios tenemos las exigencias de búsqueda del “pleno empleo”, la “orientación vocacional y capacitación laboral”, el apoyo a “los minusválidos”, ciertos aspectos del apoyo a la mujer trabajadora (ver artículo 6 común al PIDESC y al Protocolo de San Salvador), el “derecho a la promoción o ascenso en el trabajo” (artículo 7) o algunos aspectos de la “seguridad social”, de la seguridad e higiene ocupacionales, de la protección de los menores en el trabajo y algunos alcances del concepto mismo del “derecho al trabajo”.

En esos casos, más que de “violaciones”, puede hablarse de “incumplimientos”; más que de “sanciones” a los responsables, debe hablarse de acciones políticas de desarrollo; más que de responsabilidades (penales o patrimoniales) de los sujetos pasivos de esos “principios”, lo que se dan son exigencias de desarrollo o de políticas “progresivas” de cumplimiento de esos valores u objetivos jurídicos. Son tutelables jurídicamente más a la manera de “derechos reaccionales” (la expresión es de García de Enterría) o de “derechos reflejos” (la expresión es de Piza Escalante), o de “intereses legítimos jurídicamente tutelados” (con todas las connotaciones de esa expresión en el Derecho Procesal Administrativo). Como recordaba mi padre en su voto separado –pero concurrente– de la Opinión Consultiva OC-4/84 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y de otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir exigibles directamente por sí mismos, y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, exigibles indirectamente, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de los que se oponga o de lo que se otorgue con discriminación (...)

Estos habilitan para enfrentar jurídicamente acciones en contra de políticas contradictorias con esos valores pero que no significan, necesariamente, el reconocimiento del “derecho de fondo”. Por ejemplo, en el caso del derecho al trabajo permitirían impugnar un “despido injustificado” y exigir un régimen indemnizatorio concomitante, o impugnar una política institucional que despreteja el “trabajo” o que dificulte la creación y expansión de fuentes de trabajo; pero difícilmente podría implicar la exigencia de que determinado patrono o el Estado mismo, nos consiga y nos dé un trabajo específico. En cuanto al derecho a la promoción en el empleo, por ejemplo, ese principio sustentaría acciones que exijan equidad en los programas de promoción existentes (que no haya discriminación por razones de edad, sexo, origen social, etc.), o que estos existan y se desarrollen progresivamente, pero difícilmente darían lugar a una exigencia jurídica (sustantiva y procesal) de que me promuevan o me asciendan particularmente en un trabajo determinado.

La definición y la ubicación de cada valor jurídico protegido en una u otra categoría (como derechos *–strictu sensu–* o como principios rectores), depende mucho más de la forma en que esos “valores” son definidos por el texto normativo que los recoge o por el contexto en el que se insertan, por la naturaleza misma del valor tutelado o por los mecanismos procesales que el mismo sistema pone a disposición de los titulares (seres humanos) para garantizar esos valores. Por ejemplo, el Protocolo de San Salvador, en su artículo 19 inciso 6), le otorga a la libertad sindical (artículo 8.1) y al derecho a la educación (artículo 13), una tutela procesal reforzada y la posibilidad de utilizar los mecanismos y recursos de las peticiones individuales ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos<sup>24</sup>. Esa tutela, sin embargo, no la arbitra directamente para otros derechos sociales o laborales, lo que no quiere decir que no sean tutelables jurídicamente.

La definición y el alcance normativo de unos valores y otros (derechos o principios rectores), sin embargo, no depende de la

---

<sup>24</sup> En el sistema constitucional español, sucede algo parecido, pues se reconocen como derechos exigibles por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el derecho a la libertad sindical, el derecho de huelga, el derecho a la educación y a la objeción de conciencia, lo que no ocurre con los llamados “principios rectores de la política social y económica” (ver artículos 53 y concordantes de la Constitución Española).



ubicación normativa de cada valor, ni del grupo al que pertenece (derechos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales), ni depende tampoco de la posición del Estado y de los poderes o entes públicos, frente a aquellos, pues unos y otros “derechos” (*lato sensu*) suponen obligaciones negativas (de abstención del Estado, dejar hacer), y positivas (de actuación estatal, de provisión de instrumentos jurídicos o materiales –instituciones y servicios públicos, etc.–). Es verdad que el énfasis puede estar en una dirección o en otra. Es verdad que algunos derechos civiles –y algunos sociales reclaman más una abstención del Estado que una actuación. Es verdad que algunos derechos sociales reclaman más una acción positiva o afirmativa del Estado que una abstención, pero unos y otros requieren algún grado de abstención y algún grado de actuación estatales. Lo mismo cabe decir de los “derechos políticos”, de los derechos económicos y de los derechos culturales.

### **Viabilidad jurídica de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de carácter laboral**

Ya hemos anotado que los derechos laborales del PIDESC y del Protocolo de San Salvador son posibles de tutelar jurídicamente por las instancias nacionales e internacionales de tutela o protección de esos Derechos. Hemos anotado también, que en algunos casos la protección será **directa**, y en otros será más bien **reaccional** o **refleja**, es decir, como “acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga” o como acciones para garantizar que se desarrollen razonablemente y se reconozcan en condiciones de igualdad y sin discriminación. Pero la justiciabilidad (exigibilidad jurídica) de **todos** los derechos sociales de carácter laboral es posible y necesaria (con las diferencias y matizaciones arriba apuntadas), y para ello puede acudir a diversos métodos o procedimientos. Cito únicamente los más generales:

La primera y la más obvia, es la exigibilidad de los derechos laborales del orden internacional, que puedan exigirse como derechos tutelables directamente por los tribunales nacionales e internacionales, porque se definen (se tipifican) como derechos y porque actúan esencialmente como exigencias autoejecutables (*self executing*), sea porque actúan como verdaderas libertades que exigen esencialmente la abstención y el respeto de los demás (y del Estado

en primer lugar), sea porque no requieren principalmente de acciones o condiciones materiales<sup>25</sup>, o porque esas condiciones materiales e institucionales se dan o se han alcanzado en una determinada sociedad. En el análisis que hice atrás se incluyen cuáles de esos derechos tienen ese carácter *prima facie*.

Para los casos en que se requiere, además, predominantemente, la existencia de condiciones institucionales o materiales, y el desarrollo de la sociedad lo permite objetivamente, se puede acoger la tesis defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso Airey contra Irlanda (sentencia del 6 de febrero de 1981).

La jurisprudencia del Caso Airey c/ Irlanda se refiere a la tutela judicial de la familia. En el caso, el TEDH reconoció la obligación **de los Estados, no solamente de respetar y reconocer los derechos de los seres humanos sometidos a su jurisdicción, sino de adoptar “obligaciones positivas”** (asistencia letrada para la defensa de derechos a la ayuda familiar o pensiones alimenticias para los hijos), para garantizar la exigibilidad del derecho tutelado (se refería al artículo 6.1 del CEDH sobre derecho a la tutela judicial en materia civil). Es decir, además del respeto a los ciudadanos de esos derechos y la existencia de condiciones institucionales (tribunales accesibles) para la protección de los derechos civiles y políticos, es necesario que el Estado y sus instituciones arbitren medios prácticos para que ellos sean accesibles **en la realidad** por todos los justiciables. Ese principio, es perfectamente aplicable a muchos de los derechos laborales de carácter económico y social.

En esos casos, también es aplicable la técnica del principio y derecho a la igualdad y a la no discriminación como criterio y medio de tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.

---

<sup>25</sup> Obsérvese que agrego “principalmente”, “predominantemente”, para recordar que todos los derechos (incluidos los civiles y políticos), también requieren condiciones materiales e institucionales para su desarrollo, solo que esas condiciones no son predominantes, sino la decisión y la abstención de las autoridades y de otros agentes sociales para respetarlos y protegerlos. Las libertades de asociación, de expresión o de sindicalización, por ejemplo, exigen predominantemente la abstención del Estado y de otros agentes para el ejercicio de las mismas, aunque también necesitan condiciones institucionales y hasta materiales para protegerse y desarrollarse plenamente, pero el acento no está en esas condiciones. En otros casos (el pleno empleo, v.g.), es obvio que lo que se requiere predominantemente es tener las condiciones materiales e institucionales para acercarse a ese objetivo internacionalmente tutelado.

En efecto, la **igualdad y la no discriminación** (artículos 1.1 y 24) es quizás el instrumento jurídico más utilizado para proteger los derechos económicos, sociales y culturales y ello es aplicable sensiblemente en el campo de los derechos laborales. Normalmente, toda violación a un derecho social, lleva aparejada la violación a la igualdad y a la no discriminación, incluso en el campo estrictamente formal de igualdad ante la Ley o en la aplicación de la Ley. Pero también, por la vocación de la igualdad formal a mayor igualdad material, la aplicación y utilización jurídica del principio permitiría impulsar y tutelar “acciones afirmativas”, siempre y cuando éstas últimas no alteraran en su contenido esencial la libertad y la propia igualdad de derechos (formal). Si hay un programa de vivienda, si se reconocen sindicatos, si se producen ascensos o promociones laborales, éstos deben darse en condiciones de igualdad para todos, de manera que las diferenciaciones de trato sean razonables, proporcionadas, relevantes y estén conectadas con la diferencia de hecho que se toma en consideración (*tertium comparationis*). Como ha dicho la Corte Interamericana (por todas, la OC-4/84 sobre las reformas constitucionales para la nacionalización en Costa Rica) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si se va a otorgar una nacionalidad o una prestación por desempleo, ésta debe otorgarse en condiciones de igualdad y no discriminación<sup>26</sup>.

El **debido proceso de la CADH** (artículos 8 y 25), puede también jugar un papel insustituible en la justiciabilidad y tutela de los derechos laborales. Muchas veces, las violaciones más serias a esos derechos nacen de violaciones al debido proceso judicial, legal, administrativo e incluso civil o laboral para las relaciones entre particulares (empleadores y trabajadores, por ejemplo). De hecho, el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado muchas veces el debido proceso como instrumento de protección de verdaderos derechos laborales<sup>27</sup>. En caso del sistema

---

<sup>26</sup> Sobre el tema de la Igualdad, in extenso, ver mi libro Piza Rocafort (Rodolfo E.), *Igualdad de Derechos: Isonomía y No Discriminación*, San José, Universidad Autónoma de Centro América, 1998.

<sup>27</sup> Sobre el tema, ver, entre tantos otros, el trabajo citado de Abramovich, V. y Courtis, C., *Hacia la Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, op. cit., pags. 311 a 315. Los autores recuerdan, especialmente, los casos Deumeland (Sentencia del 29/5/1986, contra la

interamericano, la norma clave del debido proceso (el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o CADH), es perfectamente aplicable si no a todos los derechos económicos sociales y culturales, sí que lo es a los de carácter laboral, por cuanto la CADH expresamente cobija ese concepto: “determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (artículo 8.1 CADH).

El **equilibrio entre el PIDESC y PIDCP**, impone, por su parte, que la aplicación de ciertos derechos quede limitada por la vigencia de los otros, de manera que no se pueden alegar libertades para violentar derechos laborales y éstos últimos no pueden utilizar válidamente como excusa o parapeto para violar derechos civiles y políticos<sup>28</sup>.

El **respeto al “Contenido esencial”** del derecho tutelado internacionalmente también sirve de mecanismo de tutela jurisdiccional de los derechos laborales. Cualquier acción estatal de regulación y desarrollo de derechos laborales (v.g., jornada laboral, salario mínimo, libertad sindical, derecho de huelga, de negociación colectiva), debe respetar el contenido esencial del derecho al regularlo y esa regulación debe estar de acuerdo con el sentido y el contexto en el que ese derecho se inserta en el orden internacional e interno. ¿Cómo descubrimos ese contenido esencial? En cuanto derecho internacional o constitucional, ese contenido se descubre, me parece, a partir de tres principios jurídicos: el de *Razonabilidad*, el de Proporcionalidad y el de *Igualdad*, como parámetros de juridicidad de los mismos derechos sociales y laborales. Ello sin perjuicio del papel que le corresponde jugar a otros principios constitucionales o jurídico internacionales: principio de legalidad y

---

entonces República Federal de Alemania, sobre el derecho de pensión complementaria de una viuda con ocasión de la muerte de su esposo por un accidente laboral); Feldbrugge (Sentencia de la misma fecha, contra los Países Bajos sobre prestaciones por incapacidad laboral); el caso Salesi vs. Italia (Sentencia del 26/2/1993, donde se reconoció que el artículo 6.1 del Convenio sobre Debido Proceso, era aplicable en materia de seguros sociales aun cuando el beneficio del actor fuera más próximo a una prestación de asistencia social y no un seguro social); y el caso Schuler-Sraggen (Sentencia del 24 de junio de 1993 sobre derecho a pensión por invalidez de una mujer casada y con un hijo menor de 2 años).

<sup>28</sup> El principio parece obvio, pero las consecuencias del mismo son incommensurables y escapan a los fines de este trabajo, por lo que no entro, por ahora, a analizarlas.

de reserva de ley, de equilibrio presupuestario, de irretroactividad y de los actos propios, *pro-homine*, etc. Se dirá que no es posible reducir el análisis a la aplicación de esos principios, para construir el contenido esencial de los principios rectores de la política social de carácter laboral (recuérdese que no hablamos de aquellos que se comportan, se tipifican y se definen esencialmente como “derechos autoexigibles”), porque en ese caso los derechos laborales no tendrían contenido esencial en cuanto tal, pero destaco que en el caso de ciertos derechos laborales que actúan como principios (o derechos reaccionales o reflejos, conforme a la definición que hemos dado), estos debe **construirse o derivarse** de un contexto internacional o constitucional y de un contenido histórico y tópico, para los que la técnica jurídica de la razonabilidad y de la igualdad (como principio de interpretación y aplicación de los demás derechos internacionales y constitucionales, no estrictamente como derecho en sí mismo), son insustituibles, a menos que queramos quedarnos en vaguedades o definiciones sin contenido práctico<sup>29</sup>. **De esta manera, ciertos derechos laborales y los derechos a la seguridad social en general, solo pueden entenderse como el derecho de todos a tener un sistema razonable y racional de protección y respeto de esos derechos (razonabilidad que depende de la capacidad de una sociedad para cubrirla técnica, profesional y financieramente). Como el derecho de todos los habitantes a tener acceso a ese sistema (con todas las limitaciones que le son inherentes) en condiciones de igualdad y sin discriminación (para garantizar que todos reciban el servicio que existe –no el que quisiéramos que existiera– sin discriminación y de acuerdo con los procedimientos y límites que le son inherentes).** Ello supone el reconocimiento práctico del derecho, al menos, a reaccionar jurídicamente contra los actos que violenten o menoscaben el ejercicio de esos derechos (o la aplicación discriminatoria, irrazonable o desproporcionada de los mismos en perjuicio de determinadas personas o grupos) y a exigir la restauración o reparación de esos menoscabos o violaciones. Si se desbordaran esos límites, afectaríamos en su esencia a los derechos laborales.

---

<sup>29</sup> De hecho, el artículo 5 del mismo Protocolo de San Salvador, establece que “las restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y la razón de los mismos”

Buscando la protección total, daríamos en el absoluta desprotección, al no poder sustentar un régimen básico –pero fundamental– para todos los ciudadanos y habitantes cubiertos por el sistema jurídico internacional y nacional.

La **razonabilidad** (técnica, material y jurídica), es junto al respeto a la igualdad de derechos y la no discriminación, la piedra angular para tutelar esa modalidad de derechos. Todo acto del Estado (negativo o positivo) debe ser **razonable** y por ello proporcionado y adecuado o idóneo para alcanzar los fines internacionales y constitucionales de una sociedad. Con los derechos laborales ocurre lo mismo y la técnica de la razonabilidad es aplicable plenamente a esos derechos, en el sentido de que, independientemente del contenido mínimo de cada derecho (recogido por la normativa constitucional, internacional o legal), las medidas para desarrollarlo o para delimitarlo deben, además, demostrar su razonabilidad, es decir, que se adecuan o sean idóneas para alcanzar los fines legítimos que se persiguen con la medida de desarrollo o delimitación. Los fines, por sí mismos deben ser legítimos, pero no basta con que lo sean, es necesario que la medida adoptada para alcanzarlos sea adecuada o idónea. Esto es, que no desdigan o contradigan la finalidad que se persigue y que, además, sean proporcionadas a ella.

### **Progresividad (contra regresividad) de los derechos laborales. Sentido jurídico posible**

Conforme a las reglas del Derecho Internacional, los derechos económicos, sociales y culturales son, además de derechos en sentido estricto (al menos, cuando se tipifican y operaran como tales), son principios y objetivos de carácter progresivo. De ahí la expresión del artículo 26 de la CADH de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación (...), en la medida de los recursos disponibles, por la vía legal y otros medios apropiados.”

El principio es reiterado y completado en el artículo 1 del Protocolo de San Salvador al afirmar la obligación de los Estados de: “adoptar las medidas necesarias (...), 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.”

Por lo que los órganos encargados de su tutela “(...) tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo” (artículo 19, inciso 8).

Es obvio, por consiguiente, que se reconoce “la dificultad de alcanzar plenamente su realización en un período corto de tiempo” (la expresión es del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU), pero además, que la razón de ser del concepto implica la idea de progreso, “consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio”. De ahí que la obligación mínima asumida por el Estado, como recuerdan Abramovich y Curtis, es la obligación de **no regresividad, es decir, “la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población una vez adoptado el tratado internacional respectivo”**<sup>30</sup>.

Esa progresividad y no regresividad, por lo pronto, están sujetas a la justificabilidad por los órganos competentes (en el orden interno e internacional), a quienes tocará valorar el cumplimiento del objetivo de los citados tratados, frente a acciones u omisiones concretas o generales de los autoridades públicas (y eventualmente también, de las privadas, bajo ciertas condiciones).

Sabemos que el alcance de algunos derechos laborales depende inevitablemente, como hemos visto, de las condiciones económicas, sociales e institucionales que lo hagan posible, por lo que su contenido es, necesariamente, histórico y contingente (al menos, en cuanto “principios rectores”).

¿Qué implicaciones jurídicas se derivan entonces de esa exigencia de progresividad y no regresividad? es la pregunta que corresponde plantearse ahora.

La respuesta no es, sin embargo, tan obvia como parece a primera vista. La razón es que, como el propio Protocolo de San Salvador y las Convenciones de Derechos Humanos en general establecen que

---

<sup>30</sup> Ver Abramovich y Curtis, op. cit., pág. 335.

es posible jurídicamente, bajo estrictas condiciones, restringir y limitar el goce y ejercicio de los derechos tutelados y por tanto, aplicar medidas restrictivas para los derechos laborales puede caber bajo la definición genérica de esas “restricciones y limitaciones” (el concepto, aparece, por ejemplo, expresamente referido en el artículo 5 del Protocolo de San Salvador). La pregunta por tanto, podría replantearse de esta manera: ¿bajo qué condiciones es válido adoptar medidas regresivas?

Esas condiciones, por lo pronto, estarían sujetas al más estricto escrutinio jurídico, dado que son desviaciones o excepciones a la regla de la regresividad. Deben, además, ser razonables, y por ello “no deben contradecir el propósito y la razón de ser” de las normas que tutelan esos derechos (ver artículo 5 del Protocolo de San Salvador), pero tampoco puede contradecir el objeto restrictivo de esas medidas que se van a adoptar.

Ello no quiere decir que ese contenido sea, o pueda ser, arbitrariamente ampliado o reducido. La amplitud o la limitación que pueda aplicarse, dependerá de la existencia de esas condiciones, objetiva y racionalmente valoradas. Lo normal es que su desarrollo sea “progresivo”, en el sentido de que pueda ampliarse su contenido, la cobertura y los ámbitos de protección. Pero puede ocurrir también, que para garantizar su propia existencia como principios y como derechos (integralmente considerados), se deba reducir su alcance, su cobertura y los ámbitos de protección (lo que es tutelable por el sistema jurídico). No puede ciertamente desaparecer ni desnaturalizarse, porque entonces su existencia como derecho y como principio, perderían sentido. Pero su “contenido” puede, y debe, legítimamente ampliarse y contraerse, en función de las condiciones objetivas (económicas, sociales e institucionales) que lo hagan posible. Por eso, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia, se ha preguntado si ¿son irreversibles los contenidos alcanzados de los derechos sociales?

Se discute, por ejemplo, si las normas jurídicas al garantizar, como mínimo intocable, el *statu quo* de protección social y los derechos laborales, permiten corrección en algún sentido (v.g., aumentar la jornada laboral, bajar prestaciones acordadas por convenios colectivos, etc.). Algunos afirman la tesis de la irreversibilidad de las ventajas sociales, que podrían –según esa tesis– ser expandidas, pero no restringidas.



En cierta medida, es la tesis defendida por mi padre, en su Voto separado a la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la naturalización en Costa Rica (OC-4/84), y que recogen también Abramovich y Curtis al afirmar que: “los poderes públicos tienen vedado elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes”<sup>31</sup>.

O, para decirlo con las palabras del Juez Piza Escalante, “los contenidos históricos contingentes que el Estado libremente le dio (...)”<sup>32</sup>.

Esa tesis, por cierto, fue planteada preliminarmente en los Estados Unidos a propósito de las restricciones que se establecieron a partir de finales de los 70s en algunos derechos sociales, dieron lugar a una amplia jurisprudencia de su Tribunal Supremo, sobre la que da cuenta tempranamente en nuestro idioma, Enrique Alonso García, en un trabajo titulado precisamente “Los *welfare rights* y la libertad parlamentaria de ordenación del gasto público: la lucha de dos principios constitucionales de política socio-económica” (Rev. Española de Derecho Constitucional, #4, pags. 155 y siguientes); y más en concreto, en su trabajo “Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalidad de los derechos prestacionales del *welfare State* en Norteamérica” (Rev. Española de Derecho Constitucional, #11).

Satrústegui, López Guerra y otros, a propósito de esa polémica, han afirmado:

Una cosa es que sean inconstitucionales las leyes que desatiendan las obligaciones estatales que imponen los principios rectores y otra, bien distinta, que no pueda modificarse la política social existente, reduciendo o condicionando algunas de sus prestaciones. El principio democrático que fundamenta el ordenamiento constitucional exige, en efecto, que las opciones políticas permanezcan abiertas y que las decisiones políticas sean reversibles. Por ello, ni la opinión doctrinal mayoritaria, ni el Tribunal Constitucional han acogido esta tesis de la congelación de los derechos sociales” (Derecho Constitucional, Tomo I, pág. 365).

---

<sup>31</sup> Ibidem, pág. 337

<sup>32</sup> Piza Escalante (Rodolfo E.), Voto Separado OC-4/84, párrafo 31.

Piéñese, por ejemplo, en el contenido del derecho a una pensión, en una jornada laboral pactada por debajo de los máximos constitucionalmente permitidos, en determinadas prestaciones de salud, en un seguro de desempleo o en la cobertura de un riesgo del trabajo. El contenido de esos derechos no puede eliminarse sin violentar la Constitución, los Pactos Internacionales y los artículos que lo reconocen, pero su contenido no puede ser inmutable jurídicamente hablando. Así lo ha reconocido ampliamente la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de casi todos los países civilizados.

Pero si es cierto que el contenido de esos derechos no es ni puede ser inmutable y que, por tanto, bajo ciertos supuestos, puede restringirse (léase, adoptarse medidas regresivas), los Tratados Internacionales imponen limitaciones a esa mutabilidad.

1. En primer lugar, **en cuanto a su finalidad**: los cambios sólo pueden darse para garantizar mejor el objetivo de protección de esos derechos y, esencialmente, para buscar la ampliación de su goce y ejercicio por más personas.
2. Las medidas deben ser necesarias, no simplemente útiles, para enfrentar la situación que las justifica.
3. Las medidas deben ser razonables y proporcionadas a la situación que las justifica.
4. La carga de la prueba de la razonabilidad, por supuesto, ha de tenerla la medida “regresiva”.
5. **La regla ha de ser siempre la “progresividad”**, es decir, la tendencia a cumplir y cubrir mejor los derechos económicos, sociales y culturales para la mayor cantidad de población.
6. La obligación de no regresividad implica un control agravado de las medidas de carácter regresivo.
7. La progresividad debe entenderse en el orden general, y no en cada caso particular, porque puede ocurrir que ampliar la protección de más personas implique recortar prestaciones o beneficios a grupos anteriormente beneficiados.

Pongamos el caso de las pensiones “especiales” (o de privilegio, dirigidas a determinados grupos del sector público, por ejemplo). Desde el punto de vista del Derecho Internacional, ese beneficio

podría recortarse (exigir una jubilación a mayor edad y número de cuotas, u otorgar una tasa de reemplazo menor), si ello es necesario y proporcionado a una ampliación del sistema jubilatorio para toda la población o para garantizar su sostenibilidad, pero solo en esa medida.

Por otro lado, pongamos el caso real –que se ha planteado en Alemania y en Francia–, en que un grupo de trabajadores que, por convención colectiva u otro instrumento general, está obligado a laborar menos horas semanales que el resto de los trabajadores o que tiene beneficios particulares derivados de una convención colectiva. En esos casos, no sería ilegítimo reducir esos beneficios si ello fuera necesario y proporcionado para que la empresa o institución donde laboran, sobreviva o para garantizar que otros trabajadores puedan mejorar sus condiciones, o que no pierdan su trabajo o incluso que otros lo encuentren<sup>33</sup>. También puede ocurrir que para reducir un nivel de desempleo estructural alto (v.g., superior al 10% de la PEA), o un alto nivel de informalidad en el empleo, sea necesario flexibilizar las condiciones y la “estabilidad” en el trabajo o el régimen de despido (siempre y cuando no se rebajen los mínimos constitucionales o legales), pero en cualquier caso, será siempre un requisito de validez jurídica demostrar que esa reducción es necesaria (no simplemente “útil”) y proporcionada al objetivo constitucional o social y que este objetivo sea lícito internacional y constitucionalmente.

En una dirección paralela y complementaria Abramovich y Courtis<sup>34</sup>, han establecido que la especie legal (reglamentaria y restrictiva) no puede ser “directamente contraria al género constitucional” o internacional; que la restricción de los derechos se encuentre justificada por los hechos o circunstancias sociales que le han dado origen y por los fines lícitos perseguidos por la norma; que exista la “adecuada proporcionalidad entre las restricciones y los antecedentes y fines de la medida”; que la regresividad constituye un factor agravado del análisis de razonabilidad, de manera que la carga de la prueba de la razonabilidad de la medida regresiva, como dije,

---

<sup>33</sup> Precisamente de este tema, trata el debate en Francia y Alemania para aumentar pactadamente la jornada laboral semanal otra vez a las 40 horas (desde 36 y 37 horas respectivamente), para garantizar la competitividad y el trabajo en las empresas de esos países. Ver cita (10).

<sup>34</sup> Abramovich, Christian, op. cit., p

han de tenerla quienes la establecen, por tratarse categorías sospechosas sujetas a un escrutinio estricto.

En ese sentido, debe entenderse y comprenderse la “progresividad” de los derechos sociales y de los derechos laborales en particular. La carga de la prueba de la razonabilidad, como dije, ha de tenerla la medida “regresiva”, porque la progresividad es la regla y debe perseguirse siempre, a menos que las condiciones objetivas (y no únicamente los deseos de un Gobierno o de un grupo social o empresarial), así lo impongan. La regla y el sentido del orden internacional es que los derechos laborales se extiendan y protejan más y mejor a sus titulares.



# TRABAJO

## **Empresas recuperadas: recuperación del derecho al trabajo**

*Blanca C. Tirachini\**

### **Introducción**

El presente trabajo se realiza a requerimiento de las autoridades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, a los efectos de obtener el certificado académico correspondiente al XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, desarrollado por ese Instituto durante el mes de agosto de 2004.

El planteamiento concreto para realizar este trabajo surgió en ocasión de la conferencia de la Dra. Mónica Pinto, durante el referido Curso. Al responder a una pregunta que le formulé, la Dra. Pinto fue categórica al afirmar que la llamada “flexibilización laboral” en la Argentina ha destruido el derecho laboral; y continuó describiendo que el derecho laboral se sigue estudiando como un asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, pero ha dejado de existir en la realidad argentina. Muchos años de luchas obreras fueron logrando progresivas conquistas legales, a costa de prisión y hasta muertes. Sin embargo, en sólo unos pocos años de políticas neoliberales gran parte de esas conquistas fueron eliminadas, y con escasas voces de resistencia. Otra consecuencia de las políticas neoliberales, fue la escalada de quiebras de empresas, especialmente las pequeñas y medianas. Aparece luego una contracara de este fenómeno, como son las “empresas recuperadas”: en salvaguarda de las fuentes de trabajo, los obreros re-abren las empresas quebradas y las gestionan bajo diversos parámetros.

La premisa que guía el presente trabajo se funda en establecer si en las empresas recuperadas (analizando el caso concreto de los obreros de Zanón) las pautas laborales que se auto-imponen los operarios significan una recuperación del derecho al trabajo.

---

\* Argentina. Maestría en Administración. Ex Defensora del Pueblo de la Ciudad de Neuquén.

## **Legislación laboral vigente en la Provincia de Neuquén, Argentina**

El derecho al trabajo surge para la protección del trabajador dependiente, para el que entrega su actividad a otros, quienes tienen el poder de conducirla. Detrás del origen y desarrollo del derecho al trabajo hay dos valores básicos: se condena la explotación de los seres humanos, y se destierra la concepción del trabajo como mercancía.

El contrato que se establece entre las personas con motivos laborales suele denominarse “contrato de trabajo”, y está sujeto a una serie de condiciones que lo diferencian de otro tipo de contratos:

Es que sus diferencias con el contrato común de derecho civil se advierten, entre otras circunstancias, por la desigualdad existente entre ambas partes contratantes y la restricción a la autonomía de la voluntad de las mismas. Las partes no son iguales desde el punto de vista económico y por ello se impone una limitación a aquella falsa libertad con normas inderogables que no se pueden superar. Es que el trabajador, librado a sus propias y únicas fuerzas, se encuentra en desventaja y desprotección. Por eso en el caso del trabajador esa autonomía es aún más relativa, más restringida, ya que halla enervada su libertad por la necesidad<sup>1</sup>.

El derecho al trabajo está reconocido por la norma suprema de nuestro país, a través del Art. 14 bis:

El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo móvil; igual salario por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial... (Art. 14 bis, Constitución Nacional).

---

<sup>1</sup> Miguel A. Sardegna, *Régimen de contrato de trabajo y Ley Nacional de Empleo*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 29.

Además de estos preceptos constitucionales propios, la Argentina se adhirió a las normas internacionales respecto del derecho al trabajo, ya que la Constitución fue reformada en el año 1994, incorporándose al derecho interno el Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (...) La Convención Americana de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ... en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías para ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Cámara... (Art. 75 inc. 22 Constitución Nacional).

La cobertura normativa internacional se completa con la adhesión al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el denominado Protocolo de San Salvador.

Si se analiza la situación jurídica en lo que hace a leyes nacionales, existe una serie de normas que regulan el derecho al trabajo. Las principales leyes son las siguientes:

- Ley 20744 de 1974, con un texto ordenado por decreto 390/76.
- Ley 21297 de 1976 (primera flexibilización).
- Ley 24013 de 1991 (segunda flexibilización laboral).
- Ley 25013 de 1998 (modificatoria de algunos aspectos del contrato de trabajo y de las convenciones colectivas)
- Ley 25877 de 2004 (ordenamiento del régimen laboral).

Esta legislación (denominada “de fondo”, junto a normas fundamentales como los Códigos Civil y Penal) rige en todo el territorio argentino, más allá de las legítimas autonomías provinciales.

Sin embargo, también la Constitución de la Provincia del Neuquén (sancionada en 1957, y con la notable inclusión, como



Apéndice, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre), establece pautas referidas al derecho al trabajo: “El trabajo es un bien social y un derecho reconocido a todos los habitantes. Cada habitante de la Provincia tiene la obligación de realizar una actividad o función que contribuya al desarrollo material, cultural y espiritual de la colectividad, según su capacidad y propia elección. Al ejercer esta actividad, gozará de la especial protección de las leyes, las que deberán asegurar al trabajador las condiciones de una existencia digna”. (Art. 52, Constitución de la Provincia del Neuquén).

A través de otros preceptos constitucionales (Arts. 53 al 63), se establece una serie de derechos y obligaciones que constituyen un detallado desarrollo del derecho al trabajo: salario vital, vacaciones, jornada laboral, estabilidad en el empleo con prohibición absoluta del despido en masa, seguridad e higiene en el trabajo, salario familiar, asistencia médica y farmacéutica, prevención e indemnización de accidentes, seguro social para enfermedad, desempleo, invalidez, vejez y muerte, etc.

Retomando el análisis de la normativa nacional, que como se dijo constituye legislación “de fondo”, y por ello rige asimismo en la Provincia del Neuquén, es posible detectar que la norma base es la Ley 20.744 (conocida como Ley de Contrato de Trabajo, LCT), en un texto ordenado de 1976. Esta ley consagra la gran mayoría de las conquistas obreras y es un resultado de la idea de un derecho especial que repare las desigualdades en términos de poder que existen en las relaciones laborales.

A los fines del presente trabajo, interesa revisar dos aspectos esenciales del derecho al trabajo, como son el de **salario mínimo** y el de **estabilidad**. Si analizamos los cambios normativos que se han dado en estos aspectos, es posible constatar cómo la flexibilización laboral ha erosionado el derecho al trabajo, para luego revisar el tratamiento que se les da a estos mismos dos aspectos en un caso de empresas recuperadas.

¿Qué constituye el “**salario mínimo vital y móvil**” mencionado en varias normas? Constitucionalmente, está contemplado en el Art. 14 bis: “(...) retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea...”. Se trata de un principio fundamental, que se desarrolla con mayor detalle en la LCT: “Salario mínimo vital es la menor remuneración que debe percibir en efectivo

el trabajador sin cargas de familia, en su jornada legal de trabajo, de modo que le asegure alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión”. (Art. 116).

La “primera flexibilización” de la Ley 21.297 (posible sólo a través de la dictadura militar 1976-1983), introduce modificaciones en 98 artículos y deroga 25. El criterio fundamental de que la relación laboral es un contrato entre individuos, con lo que se deroga todo la normativa referida a la huelga, y los conceptos subsistentes de salario mínimo, quedaron en meras declaraciones.

La “segunda flexibilización”, producida con la “ley nacional de empleo” (24.013) de 1991, es aprobada en un marco de gobierno democrático, pero significa igualmente un gran retroceso en el derecho al trabajo. En el Art. 135 de esta nueva norma, se establece que funcionará el “Consejo Nacional del Empleo, la Producción y el Salario mínimo vital y móvil” para determinar periódicamente este salario, teniendo en cuenta “los datos de la situación socio-económica, los objetivos de este instituto y la razonabilidad de la adecuación entre ambos”. Por lo tanto, el salario mínimo vital y móvil pasa a ser un concepto negociado (hay una comisión con igual cantidad de miembros de la patronal y de los trabajadores), en el que la parte más vulnerable de la relación laboral no puede hacer valer sus derechos, de por sí conculcados a través de otras modificaciones de esta segunda flexibilización (reformulación de contratos a plazo, temporada o eventual, e introducción de pasantías, becas de práctica rentada, etc.).

El crecimiento económico del país registrado en 2003 y lo que va de 2004 no se tradujo en un aumento correlativo de los índices de ocupación. La profundidad del fenómeno del desempleo, el subempleo y el empleo precario ubica a las relaciones laborales como uno de los problemas centrales de la sociedad argentina. Así, deben destacarse los esfuerzos de recuperación del derecho a un salario mínimo efectuados por el gobierno nacional actual, en el sentido de su fijación a través de instrumentos no negociados, sino de imposición:

Decreto 388/2003: Fija el salario mínimo, vital y móvil, a partir de 1° de julio de 2003, en la suma de \$250 por mes para el personal mensualizado que cumpliera la jornada legal de trabajo.

Decreto 1349/2003: Fija a partir del 12 de enero de 2004 el monto del salario mínimo vital y móvil en la suma de \$350 por mes, para el trabajador mensualizado que cumpla la jornada legal de trabajo a tiempo completo.

En lo que hace a la **estabilidad** laboral, ya se ha visto que en nuestra Constitución está contemplada: el Art. 14 bis establece la protección contra el despido arbitrario y de la estabilidad del empleo público. La LCT garantizaba estas condiciones en su Art. 10, pero fueron las primeras en ser derogadas a través de las sucesivas normas “flexibilizadoras”. Así, surgen nuevas formas contractuales (vulgarmente denominados “contratos basura”), que modifican las relaciones de fuerza entre trabajadores y patrones, dejando en un estado de gran vulnerabilidad a los asalariados.

Esta situación fue advertida por organismos internacionales como el IIDH, el cual en 1999, en un estudio comparativo, señalaba respecto de la Argentina:

La llamada “flexibilización” de las normas reguladoras del mercado de trabajo es un elemento clave en este nuevo escenario. Desde 1991, el gobierno: 1) creó distintas modalidades de contratación laboral mediante la rebaja o la eliminación de cargas sociales; 2) eliminó el viejo régimen de “accidentes de trabajo”, lo cual impide que los trabajadores accedan a reparaciones integrales de daños y perjuicios, al mismo tiempo que delegó en empresas privadas el control de la seguridad e higiene en el trabajo; 3) aprobó mecanismos de privatización de la justicia laboral, mediante la incorporación de conciliaciones obligatorias extra-judiciales; 4) en la legislación de concursos y quiebras se modificaron los tradicionales privilegios de cobros por créditos laborales; se estableció la suspensión de los convenios colectivos de las empresas en quiebra y se eliminó la responsabilidad solidaria por las deudas laborales de su nuevo propietario; 5) se rebajaron los costos por despido; 6) se modificó el régimen de convenciones colectivas de trabajo, al eliminarse las cláusulas indexatorias de ajuste salarial, y vincular los futuros aumentos a la evolución de los índices de productividad.

Básicamente, el derecho laboral se ha empobrecido, entonces, a través de dos mecanismos: a) el dictado de una legislación flexibilizadora, claramente regresiva, que derogó o condicionó

algunos derechos y restringió el alcance de otros; b) la autorización legal para celebrar convenios colectivos con poder de derogar normas laborales mínimas; esto es, la posibilidad de negociar colectivamente “a la baja” en materias antes inderogables por esta vía. Ello, en un contexto de alto desempleo y debilitamiento del sindicato<sup>2</sup>.

El propósito explícito de estas reformas era el de facilitar a los empleadores un mayor crecimiento, disminuyendo los costos de la mano de obra. Sin embargo, tal situación no se dio en la práctica. Es posible observar que entre 1990 y 2004 los índices de desempleo crecieron notablemente (en hombres, de 7,4% al 17%, y en mujeres, de 7,3% a 14%). El resultado de la aplicación de estas normas fue la precarización del mercado laboral, sin que se generaran nuevos empleos. Las condiciones difíciles incluyen también una drástica disminución de los porcentajes de la población (con empleo formal o informal) que cotiza a la seguridad social. Como conclusión general puede decirse que, en la Argentina de los 90s, la clase trabajadora se tornó muy vulnerable, en sus derechos y en su real posibilidad de acceso al trabajo.

### **Empresas recuperadas en Argentina. Fenómeno económico, social y jurídico**

Durante los últimos gobiernos democráticos de Argentina (1983 en adelante) se agudizaron los problemas económicos y sociales, que convergieron en la grave crisis de fines de 2001. El quiebre de la convertibilidad, seguido de dificultades financieras que afectaron a todos los sectores sociales, fueron el lógico correlato de varios años de políticas neoliberales a ultranza.

La apertura indiscriminada de la economía, con la desregulación y las privatizaciones de servicios públicos resultaron en procesos de acumulación y concentración financiera, con el correlato de permanentes cierres de fuentes de trabajo en el sector industrial<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Un desafío impostergable*, San José, Costa Rica: IIDH, 1999, pp. 34-35.

<sup>3</sup> Adecuada descripción realiza Laura Pautassi en *Políticas Sociales: ¿Fin del “modelo”?* Artículo publicado por el CELS (Centro de Estudios Legales y

Así, ha sido frecuente observar que, ante el cierre o la crisis terminal de algunas empresas, surgen propuestas de continuidad mediante auto-gestión obrera. Si bien en Argentina ha habido experiencias anteriores, se trataba de casos muy aislados y que no llegaron a generar experiencias replicables.

Las reformas económicas y laborales comentadas modificaron la estructura y el funcionamiento del mercado laboral. El desempleo alcanzó cifras nunca antes observadas en el país. Es de destacar también lo ocurrido como diferenciación entre la población económicamente activa de varones y mujeres: mientras en 1990 la tasa de desocupación femenina era un 11 por ciento superior a la de varones, al finalizar la década la tasa de desempleo era de casi 20 por ciento para las mujeres, en tanto para los varones ascendía al 15 por ciento. El fenómeno de “feminización de la pobreza” también incide en la búsqueda de soluciones no convencionales para la supervivencia.

Los obreros que, a fines de los 90's y (con mayor frecuencia) después del 2000 y 2001 se plantearon hacer frente a la crisis gestionando ellos mismos las empresas abandonadas por la patronal, han debido enfrentar dificultades legales, comerciales, técnicas, organizacionales y económicas.

“La alternativa de recuperación de empresas por los trabajadores en general se plantea a partir de una angustiada lucha gremial en el final de una empresa, llegando a un momento en el que el eje de la reivindicación laboral por conservar el empleo y cobrar los haberes adeudados pasa a un segundo plano, adquiriendo la mayor atención la posibilidad de seguir trabajando”<sup>4</sup>.

No existe un registro claro de cuántos emprendimientos de este tipo existen. El artículo de Sancha (CTA) menciona que se han relevado 127 casos, que varían entre 8 y 480 operarios. Otras fuentes, como el Movimiento Nacional de Empresas Recuperadas, afirman que llegan a 170, de las cuales 25 se reabrieron en el año

---

Sociales) en su página web: “De este modo, en muy pocos años se privatizaron prácticamente todas las empresas públicas que prestaban servicios (teléfonos, gas, electricidad, agua, transporte); se abrió la economía doméstica al libre movimiento de capitales financieros...”.

<sup>4</sup> Sancha, José, *Recuperación de Fuentes de Trabajo a partir de la Autogestión de los Trabajadores*, artículo publicado electrónicamente por la CTA (Central de Trabajadores Argentinos), 2003.

2004. Si bien estas cifras son marginales en el contexto de la economía nacional, resultan absolutamente relevantes para los más de 12,000 trabajadores que obtienen su sustento en estos emprendimientos<sup>5</sup>. Algunos datos interesantes referidos a estas empresas: “(...) ninguna de ellas dejó de funcionar desde que pasó a manos de sus obreros. Las mismas aproximaciones calculan que en un 40 por ciento de los casos las empresas conservan la misma cantidad de trabajadores que tenían al llegar a la quiebra o ser abandonadas por sus dueños, en otro 40 el plantel se redujo y el resto logró aumentar la cantidad de obreros y sus salarios”<sup>6</sup>.

Generalmente, una vez en control de los medios de producción, los operarios buscan un marco legal como cooperativas de trabajo y comienzan gestiones ante la justicia para lograr la expropiación de las empresas que administran. Con la autorización judicial para hacerse cargo de la firma, los trabajadores suelen organizarse tomando en cuenta las experiencias y conocimientos de cada uno. La división de tareas, responsabilidades e ingresos suelen estar pautadas en forma participativa. Se trata de actividades que muchas veces resultan de gran exigencia para los operarios: “Claro que el proceso no es fácil: recuperar una empresa significa negociar con los acreedores, acordar con la justicia y enfrentar el doble desafío de juntar plata para adquirir el edificio y las máquinas, por un lado, y de pasar de ser sólo obreros a tener que asumir también el rol de empresarios, por el otro”<sup>7</sup>.

Se han presentado proyectos ante el Parlamento Argentino requiriendo una ley de expropiación nacional a favor de todas las empresas reabiertas por sus obreros desde el 2001, y de las futuras recuperaciones. Si bien este pedido no ha tenido tratamiento legislativo, durante el año 2004 el Programa “Trabajo Auto-gestionado” (en la Secretaría de Empleo del Ministerio de Trabajo) consiguió otorgar créditos por \$ 374,300 (casi US\$ 125,000) a 640 trabajadores de 14 fábricas recuperadas en distintos puntos del país.

---

<sup>5</sup> “Llegan a 170 las empresas recuperadas por trabajadores”, *La Mañana del Neuquén*, pág. 15. Domingo, 9 de enero de 2004.

<sup>6</sup> *Ibíd.*

<sup>7</sup> Pablo Novillo, “Crecen los casos de empresas recuperadas por los empleados”, *Clarín*, pág. 48. Viernes, 10 de octubre de 2003.

Como la mayor parte de la actividad económica de la Argentina, un gran porcentaje (cerca de 90 emprendimientos) de las empresas recuperadas se localizan en la ciudad de Buenos Aires y el Conurbano (Provincia de Buenos Aires), significando trabajo para más de 3,000 personas.

En estos procesos, las normas vigentes muestran desfasajes con la realidad de los grupos más vulnerables. Ya se ha analizado la progresiva erosión causada al derecho al trabajo. Sin embargo, aún peor es la situación de los que carecen de oportunidades laborales: “Otro buen ejemplo de asincronía que puede existir entre la legislación y la realidad es el derecho al trabajo, cuya reglamentación está planteada para los que ya lo tienen y no para los desocupados”<sup>8</sup>.

En general, la opinión pública muestra tendencias favorables hacia estos emprendimientos:

Los obreros desocupados que abren fábricas son un ejemplo de una solución concreta a la desocupación. Sin ayuda oficial, se organizan sobre la premisa básica de la subsistencia, pero también en torno a valores como la unión y la solidaridad. Sin embargo, para que el fenómeno crezca se necesita financiamiento y una legislación que resuelva todos los vacíos legales. Y, fundamentalmente, que sus protagonistas logren escapar a las internas y los intentos de utilización política. Buenas intenciones sobran. Gente que tiene ganas de trabajar y vivir con dignidad, también”<sup>9</sup>.

### **Caso Zanón en Neuquén. De un conflicto a una nueva modalidad de gestión**

Cerámica Zanón es una empresa fabricante de cerámicos (pisos y revestimientos de paredes) ubicada en el Parque Industrial de Neuquén, desde 1981. Sus procesos productivos nacieron con un alto grado de automatización; se le incorporó tecnología de punta y durante algunos años fue la planta más grande de Sudamérica. Fue la primera empresa en fabricar porcelanatto, un material para pisos de excelente durabilidad, que requería de una tecnología y materiales

---

<sup>8</sup> Ernesto Magnani, *El cambio silencioso. Empresas y fábricas recuperadas por los trabajadores en la Argentina*, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2003, pág. 89

<sup>9</sup> Adriana Santagati, “Los Desafíos”, *Clarín*, pág. 48. Viernes, 10 de octubre de 2003.

especiales. Los dueños de la empresa, la familia Zanón, siempre tuvieron relaciones estrechas con el Gobierno de la Provincia del Neuquén, recibiendo dos créditos: US\$ 5.000,000 en 1995 y US\$ 3.000,000 en 1998, ambos del tipo “blando” (condiciones muy ventajosas) del Estado Provincial. Estos créditos no fueron afrontados por la conducción de la empresa.

El conflicto se inicia en junio del 2000, cuando la patronal presenta un “preventivo de crisis”, informa que tiene dificultades y que desarrollará tres acciones:

1. Despedir 90 trabajadores, pagándoles el 50% de la indemnización.
2. Suspender a otros durante 6 días por mes, pagándoles esos días al 30%.
3. Rebajar el salario de los que queden en planta.

La reacción de los obreros fue iniciar una huelga y emitir un bono. Comienzan una serie de negociaciones y la planta continúa su producción. En agosto de ese año se busca vaciar todo el *stock*, pero los obreros se organizan e impiden esta medida. Para febrero del año 2001 los obreros no habían percibido sus sueldos del año anterior y vuelven a parar, logrando que se les pague. El Sindicato de Ceramistas tiene un alto protagonismo en estas luchas, que continúan durante todo el año 2001. En septiembre, la patronal vuelve a anunciar suspensiones masivas, corte de refrigerio y de los servicios médicos y de transporte de personal. Estas medidas son llevadas por los obreros ante la justicia y el 31 de octubre del 2001, la Jueza Elizabeth Rivero sentencia el *lock out ofensivo* (paro patronal injustificado). He aquí algunos de los fundamentos de la sentencia:

(...) si no tenemos huelga declarada como tal, el derecho del patrón a ejercer actos reactivos que consistan en un paro patronal de no cumplir con sus compromisos de pagos de salarios y cumplimiento de sus acuerdos de tiempo de espera y fraccionamiento de los mismos y condiciones de recuperos de tales agravios a la otra parte inescindible del contrato de trabajo, la actitud irreductible de cumplir y permitir el paro de la producción sin ninguna actuación o diligencia útil a tal fin, conforme a lo expuesto, el cierre de la empresa por falta de operarios y directivos y la paralización de las actividades propias y específicas para la reinstalación de la misma



constituyen un “cierre ofensivo” de los canales propios y únicos al recupero de la fuente de trabajo y la posibilidad de la reinserción laboral de los acreedores inmediatos del producto comercial de la patronal (Art. 261 y 264 LCT)<sup>10</sup>.

Apelado este fallo por la patronal, es confirmado por la Cámara respectiva y por el Superior Tribunal de la Provincia. Ante esta situación, los Zanón recurren a la justicia en la ciudad de Buenos Aires, solicitando la apertura del concurso de acreedores. Los operarios ponen a funcionar la planta con la materia prima existente y piden la conexión de gas natural (imprescindible para los hornos). Durante el año 2002, los empresarios Zanón intentan recuperar la fábrica, planteando diferentes ofertas, todas las cuales incluyen reducción del número de obreros y rebaja de los salarios. A partir del 15 de marzo del 2002, los obreros logran la conexión del gas de alta presión y se inicia un proceso productivo que, en sus primeras etapas, ocupó un 10% de la capacidad instalada, dando trabajo a 240 operarios.

La familia Zanón ha continuado sus reclamos judiciales, pidiendo la restitución de las instalaciones, el desalojo de los obreros y que se elabore un inventario para afrontar sus obligaciones frente a los acreedores. El mandato judicial al respecto no pudo ser ejecutado, pues al llegar los síndicos el día 8 de abril del 2004, se encontraron con más de 3,000 personas que, apoyando a los obreros, impidieron su ingreso a las instalaciones.

Durante estos dos últimos años, los obreros han continuado incrementando la producción, con lo cual se ha tornado más personal, siendo la planta actual (enero, 2005) de 430 operarios. También han realizado algunas innovaciones, diseñando nuevos productos, con motivos relacionados con los valores representativos de su actividad: cerámico “obrero” y cerámico “mapuche”. Además, desarrollan permanentes acciones de apoyo hacia causas afines, habiendo construido una sala de primeros auxilios a su entero costo, en uno de los barrios aledaños más carenciados.

---

<sup>10</sup> Sindicato de Obreros y Empleados Ceramistas del Neuquén c/ Cerámica Zanón S.A.C.I. y M. S/ Amparo, Éxpte. N° JNQLA4 26985/1.

## Los derechos al trabajo en FASINPAT

¿Qué tipo de normas o pautas regulan el trabajo dentro de la fábrica? Si bien los operarios se siguen denominando a sí mismos como “Obreros de Zanón”, para evitar conflictos de uso de marca, desde marzo de 2004 su producción lleva la leyenda “FASINPAT”, una síntesis de la frase “FÁbrica SIN PATrón”, la cual resulta absolutamente definitoria de los valores que prevalecen entre ellos.

El grupo inicial, que realizó las denuncias y obtuvo la declaración del *lock out*, que disputó cada espacio de poder con una fuerte penetración en toda la comunidad, desarrolló una modalidad de trabajo muy particular:

“Esto es una comunidad”, explica Carlos Acuña (Comisión de Prensa y Difusión) en una entrevista (véase la entrevista transcrita y aprobada, que se adjunta como ANEXO I). La pertenencia a esta comunidad no se obtiene a través de la firma de un contrato de trabajo, sino por la adhesión a “Normas de convivencia” que entre todos han establecido. Estas pautas son cruciales en todas las empresas recuperadas, explica José Sancha: “Las principales dudas que se presentan entre los trabajadores en cuanto a los aspectos normativos de la cooperativa se satisfacen plenamente dentro de la legislación cooperativa, para lo cual la redacción del reglamento interno es clave y determina las reglas de juego en el futuro”<sup>11</sup>.

Las “Normas de Convivencia de Zanón bajo control obrero” se agregan (en el formato original, que se utiliza para entregarle a cada operario que ingresa a la fábrica), se adjuntan como ANEXO II del presente trabajo.

En principio, las Normas de Convivencia establecen una postura ideológica, ya que definen su desacuerdo respecto del “marco normativo” impuesto por leyes surgidas en períodos de dictadura, que resultan poco apropiadas para un esquema de “democracia obrera” como se propone en esta fábrica recuperada: los ítems 4, 5 y 6 de las Normas advierten que los obreros se someten a las mismas sólo por su necesidad de continuar con el proceso de recuperación de su fuente de trabajo:

---

<sup>11</sup> Sancha, José. *Op. Cit.*

4- Que para mantener la gestión obrera en forma autónoma, sin ingerencia de la intervención judicial se resolvió constituir una cooperativa de trabajo para mantener la administración de la fábrica en manos de los trabajadores.

5- Que la ley de cooperativas sancionada por la dictadura militar de la Revolución Argentina en el año 1973 (sic) está plagada de artículos que chocan con la democracia de los trabajadores.

6- Que el estatuto modelo del INAES no contempla una organización de democracia plena como la que ejercemos en el control obrero de Zanón.

Por ello, los obreros resolvieron darse un “reglamento interno para la producción y la lucha de los trabajadores de Cerámica Zanón bajo control obrero que tendrá plena vigencia y estará por encima de las normas generales del estatuto presentado al INAES”.

En el Reglamento se han planteado tanto pautas para la organización interna, como algunos procedimientos concretos para el trabajo del personal.

En lo que hace a los “órganos de gobierno” de la fábrica, se plantean tres:

- a. Asamblea general: organismo máximo y soberano.
- b. Asambleas de turno: son semanales y tienen carácter informativo o resolutivo.
- c. Reunión de coordinadores: es el órgano director de la fábrica y está integrado por el coordinador general, los coordinadores de sector y tres representantes del gremio (Sindicato de Ceramistas), todos con voz y voto.

Al definirse los “sectores” que deben designar un coordinador, de hecho se expresa el organigrama general de la empresa, el cual presenta una estructura “clásica” (producción, comercialización y administración), con algunas subdivisiones al interior: en producción se sigue el proceso productivo específico de la industria cerámica: prensas, atomizadores, líneas, hornos, selección. Se agregan los sectores de apoyo (laboratorios de pastas y de esmaltes), compras, mantenimiento, y administración. Los procesos de comercialización se desarrollan a través de los sectores de ventas, stock y despacho. Mención especial merecen dos sectores:

Prensa y difusión: no desarrolla las funciones previstas por cualquier departamento de *marketing*, sino que trabaja en el cumplimiento de los valores pautados en el ítem 9 de las Normas de Convivencia: “Que por todo esto, la lucha por la defensa de nuestros derechos continúa mejorando nuestra organización interna y dando la lucha política en las calles constantemente, hermanados con el resto de los trabajadores ocupados y desocupados, buscando la unidad y la coordinación”.

Guardia: Desde la recuperación de la fábrica, los obreros de Zanón han estado expuestos a situaciones de inseguridad, sufriendo ataques varios. La gravedad de estas condiciones hizo que el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), el 18 de octubre del 2002, presentara ante la audiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el caso de los obreros de Zanón:

(...) los obreros han denunciado que algunos particulares han recibido dinero para amedrentar a los operarios que ocupan la fábrica. Estos grupos, se han ubicado en las inmediaciones de la fábrica y arrojan piedras a la fábrica a raíz de lo cual algunos obreros han resultado lesionados. Por la noche, han recorrido la zona disparando armas de fuego, asediando permanentemente a los obreros y a los representantes de organismos de derechos humanos que los acompañaban. La policía local conoce la situación pero no ha intervenido de modo suficiente para neutralizar de modo absoluto a los agresores...

En el marco de esta situación, resulta comprensible que el sector Guardia adquiera una gran relevancia.

Las reuniones de coordinadores son abiertas a todos los obreros, votan los coordinadores (siendo estos cargos rotativos “para que todos los compañeros tengan la posibilidad de asumir la responsabilidad que ello implica”, ítem 4 de las Normas) y las resoluciones son de cumplimiento obligatorio.

También en el ítem 4 se plantea una de las características que los obreros de Zanón destacan con mayor frecuencia: “Todos los coordinadores –y por ende todos los miembros del consejo de administración de la cooperativa– trabajarán como el resto de los obreros –salvo el tiempo que deban dedicar a sus actividades específicas– y tendrán el mismo salario que el resto de los trabajadores”. La concreción de esta Norma fue especificada en la

información proporcionada en una entrevista: “El sueldo básico de todos es de \$ 800, a lo que se agrega un plus por antigüedad, por lo que los sueldos de todos van de \$ 800 a \$ 1,000. Todos cobran igual, desde el jardinero hasta el que tiene la mayor responsabilidad. Cuando se formalice la cooperativa de trabajo van a regularizar los aportes jubilatorios y se pagarán las asignaciones familiares, escolares, etc.”.

En lo que hace al proceso productivo, las Normas son escuetas: hay obligación de completar la “planilla de control de proceso” y desarrollar “turnos rotativos”, ya que la fábrica funciona con hornos de proceso continuo, las 24 horas del día.

Las Normas disciplinarias son extraordinariamente simples: son sanciones progresivas, de tipo pecuniario, todas iguales: “El compañero que no lo realice será sancionado con un día de descuento la primera vez, dos días la segunda y una semana la tercera vez. La cuarta será sometida a la reunión de coordinadores”. Y estas sanciones se aplican por diversos incumplimientos: falta de planilla de proceso, incumplir los turnos rotativos, abandono del puesto de trabajo, salida sin autorización, impuntualidad, prohibición de juegos de azar, bebidas alcohólicas o dormir en el horario de trabajo, ausencias injustificadas, tanto al trabajo como a las asambleas (en particular, las resolutivas), etc.

Finalmente, las Normas de Convivencia plantean una política de ingreso a la empresa con igualdad de oportunidades y sin discriminación. La aplicación concreta de este principio está en la descripción de la manera en que ingresan nuevos obreros a la fábrica: “Cada operario se toma según las necesidades del trabajo. Se toman operarios teniendo en cuenta diversos aspectos: a) se pide a los movimientos de desocupados para que prioricen a los que más necesitan; b) también se considera especialmente a algunos ex empleados de Zanón; y c) también se tiene en cuenta la preparación de la persona, en particular los que tienen capacitación/experiencia anterior en cerámicos”.

Del somero análisis realizado a las “Normas de Convivencia de Zanón bajo control obrero”, es posible concluir que los trabajadores se auto-imponen reglas que implican la recuperación de algunos de principios básicos del derecho al trabajo. En particular, hemos visto que los derechos a la estabilidad laboral y a un salario mínimo vital

y móvil se habían conculcado a través de las sucesivas normas de flexibilización laboral en nuestro país. Sin embargo, las primeras pautas que impulsan los trabajadores al recuperar su actividad, es fijar estas reglas: todos los obreros de Zanón (FASINPAT) ganan un salario digno y todos tienen garantizado su puesto de trabajo mientras respeten las normas.

Así, la flexibilización laboral, que implicó una trasgresión al principio internacional de progresividad (derecho internacional de los derechos humanos) es evitada por los trabajadores de empresas recuperadas: la búsqueda de su supervivencia les indica caminos de mayor justicia y solidaridad social, por encima de las normas regresivas impuestas siguiendo políticas económicas probadamente ineficaces para un mayor desarrollo del país en su conjunto<sup>12</sup>.

### **Eficacia y eficiencia empresarial: “Inteligencia social” de estas organizaciones**

A partir de ciertos desarrollos académicos, en los últimos años se ha planteado que los seres humanos no tenemos un solo tipo de inteligencia, medible únicamente a través de índices absolutamente precisos. Daniel Goleman es el autor norteamericano que más ha trabajado la noción de “inteligencia emocional”, inclusive desarrollando prescripciones específicas para su utilización en la gestión de organizaciones.

En el ámbito local, es grato comprobar que estos avances se transforman en análisis que permitan a nuestras organizaciones (públicas, privadas, ONG's) contar con herramientas que les permitan emerger de los embates de las sucesivas crisis a las que han parcialmente sobrevivido. Destaca así el libro *La Inteligencia Social de las Organizaciones* de Leonardo Schvarstein<sup>13</sup>, con el subtítulo:

---

<sup>12</sup> Véanse los cuestionamientos del premio Nobel Joseph Stiglitz, respecto de la aplicación de las “recetas” del FMI y otros organismos financieros internacionales, en el caso de Argentina. Artículo publicado el 12 de mayo de 2002, en el *Washington Post*, luego traducido y circulado: “El premio Nobel de economía, Joseph Stiglitz, sostiene que culpar a la víctima no ayudará”. Atribuye la crisis principalmente al sistema de tipo de cambio fijo y a la aplicación de las políticas contractivas recomendadas por el Fondo.

<sup>13</sup> Leonardo Schvarstein, *La Inteligencia Social de las Organizaciones. Desarrollando las competencias necesarias para el ejercicio efectivo de la responsabilidad social*, Ed. Piados, Buenos Aires, 2001.

“Desarrollando las competencias necesarias para el ejercicio efectivo de la responsabilidad social”. El autor reseña un planteamiento a nivel individual:

(...) los modos en que los individuos se relacionan entre sí se basan en tres tipos de necesidades: la de recibir, la de intercambiar y la de dar(se). Quienes se ponen en posición de recibir demandan protección y seguridad. La necesidad de intercambio emana de la condición humana, que nos impulsa a ser reconocidos como interlocutores, aceptados como iguales y como diferentes en el marco de relaciones de paridad. La necesidad de dar(se) pone de manifiesto la vocación del individuo por ser útil y por participar de un proyecto colectivo orientado al bien común<sup>14</sup>.

Cuando dejamos el ámbito interpersonal y pasamos a analizar organizaciones, también aparecen estas tres maneras de encarar el intercambio con el contexto, generando los fenómenos que Schvarstein denomina asistencia (la organización necesita recibir, para su supervivencia), paritarismo (intercambios en relaciones de paridad) y proyecto comunitario (la organización trasciende sus necesidades y verifica que sólo se puede desarrollar si apoya el progreso comunitario). El texto describe cada una de estas situaciones, verificando que las organizaciones pueden evolucionar pasando de una a otra, como etapas de crecimiento en la “inteligencia social”. Las conclusiones generales de Schvarstein apuntan hacia la capacitación en gestión organizacional, para permitir el progreso real de toda la sociedad, a través del avance de las organizaciones en su conciencia social.

A través de la narración de lo acontecido con este grupo de obreros de Zanón, resulta evidente que en su lucha por la preservación de las fuentes de trabajo han ido cubriendo cada una de las etapas descritas por Schvarstein. Se iniciaron en la lucha, organizándose con un bono para “asistir” a las necesidades básicas de los compañeros. Han desarrollado actividades empresariales, colocándose “a la par” de cualquier empresa cerámica (exhibiendo habilidades en comercialización, innovación, gestión administrativa, etc.). En todo momento han demostrado una particular sensibilidad estando atentos a las necesidades de los grupos más vulnerables,

---

<sup>14</sup> *Ibid.* Pág. 107.

apoyando con su presencia diversas causas sociales, y donando materiales para emprendimientos comunitarios.

Llegado el momento de las conclusiones generales de este trabajo, puede verificarse que la flexibilización laboral, que ha erosionado el derecho laboral en la Argentina, no ha podido cambiar los valores básicos vigentes en la comunidad: cuando los trabajadores se organizan para recuperar empresas en crisis, las normas que se auto-imponen vuelven a los conceptos elementales del derecho al trabajo. Y en el transcurso de sus actividades de gestión, van creciendo como individuos y como organización, generando relaciones solidarias entre sí y con su entorno. Pareciera que, en la Argentina, este fenómeno puede ser la plataforma para la efectiva vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables para una democracia perdurable<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Roberto Cuéllar: "El IIDH considera que los DESC están en la base de la democracia: aunque ésta no depende directamente de aquellos, sin su realización y justiciabilidad no hay democracia duradera posible". San José, 2 de noviembre de 2004.



## ANEXOS

### ANEXO I

#### RESPUESTAS A LA GUÍA PARA ENTREVISTA OBREROS DE ZANÓN

La entrevista se realizó el día 7 de enero de 2004, a partir de las 08:45 horas, en las instalaciones de Cerámica Zanón, contando como informantes al Sr. Carlos Acuña (coordinador de Prensa y Difusión) y al Sr. Alejandro López.

1. ¿Cuál es la modalidad de la contratación laboral?

Cada operario se toma según las necesidades del trabajo. Se toman operarios teniendo en cuenta diversos aspectos: a) se pide a los movimientos de desocupados para que prioricen a los que más necesitan; b) también se considera especialmente a algunos ex empleados de Zanón; y c) también se tiene en cuenta la preparación de la persona, en particular los que tienen capacitación / experiencia anterior en cerámicos. No hay un contrato. Los pasos que se dan son los siguientes: 1) Se realiza el examen físico previo. 2) Se informa a la compañía de seguros. 3) Se presenta ante el sector que lo precisa y el coordinador lo toma, entregándole la tarjeta-reloj. 4) Se sabe que la persona trabaja allí porque consta en las Actas: cada semana se hace una reunión de los coordinadores de comisiones (Ventas, Compras, Administración, Producción, Prensa y Difusión). Estas Actas se fotocopian y se reparten entre todos los compañeros, para que se informen de las decisiones.

2. ¿Cómo es el vínculo de los obreros con la fábrica?

Esto es una comunidad. El ingreso de cada persona significa una anexión y debe aceptar las Normas de Convivencia, que son más duras que un código normal de cualquier empresa.

3. ¿Qué figura jurídica contrata?

No hay aún una figura jurídica concreta. Se han presentado los papeles ante el INAES y tienen un número otorgado para ser una cooperativa de trabajo. En los hechos, ya lo son, porque existen como marca (FASINPAT). Ahora están esperando que los acepte el Juez de la quiebra (en Buenos Aires).

4. ¿Hay períodos de prueba?

No hay períodos de prueba como tales. Lo que a veces hacen son acuerdos transitorios, por necesidades del trabajo; por ejemplo, ahora tienen refuerzos de guardias tomadas por organizaciones de desocupados.

5. ¿Cómo se capacitan los obreros?

Hay períodos de capacitación específicos para los que manejan los autoelevadores. En general, los operarios nuevos aprenden con los compañeros de más experiencia. También tuvieron capacitación de la Universidad Nacional del Comahue (Cro. José María Trejo, en Costos, y Lic. Juan José González, en Administración). Han recibido adiestramiento en seguridad e higiene en el trabajo, con profesionales del Hospital Castro Rendón.

6. ¿Se pagan cargas sociales?

Actualmente no se pagan.

7. ¿Cómo se define el sueldo de cada uno? ¿Hay diferencias por la función? ¿Hay asignaciones familiares/escolares/etc.?

El sueldo básico de todos es de \$ 800, a lo que se agrega un plus por antigüedad, por lo que los sueldos de todos van de \$ 800 a \$1,000. Todos cobran igual, desde el jardinero hasta el que tiene la mayor responsabilidad. Cuando se formalice la cooperativa de trabajo van a regularizar los aportes jubilatorios y se pagarán las asignaciones familiares, escolares, etc.

8. ¿Hay estabilidad en el empleo?

Sí. El operario que trasgrede las normas de convivencia puede ser sancionado. Las sanciones son progresivas y el operario puede ser despedido. Estos procedimientos se hacen a través de la Asamblea, la cual escucha los reclamos, oye al operario y decide qué hacer.

9. ¿Hay estabilidad en la función (polifuncionalidad)?

Los operarios van rotando en los lugares; este proceso se da a requerimiento y según las necesidades. Cuando se cambia de lugar de trabajo se los prepara para las nuevas tareas.

10. ¿Quién se hace cargo si hay accidentes de trabajo? ¿Tienen ART (aseguradora de riesgo de trabajo)?

Hay un seguro de vida. También cubre parcialmente los accidentes.

11. ¿Cómo se hace si hay que despedir a un obrero?

Ya se explicó. Lo decide la asamblea.

12. ¿Hay vacaciones? ¿Cómo se definen los días que le corresponde a cada uno?

Normalmente, se toman días de vacaciones proporcionales a la antigüedad. Pero está sujeto a las necesidades de la fábrica. Este año, como el 26 de febrero próximo se da la finalización del concurso, se ha decidido que sólo se tomarán dos semanas cada persona.

13. ¿Hay licencias por enfermedad? ¿Cómo se controlan?

Si una persona se enferma, debe hacer el tratamiento que corresponda. No hay un límite para los días por enfermedad que se reconocen, con sueldo. También se considera la salud en otros procesos; por ejemplo, si una persona no puede trabajar con esmaltes, se lo cambia de sector. Si sienten demasiada presión en la fábrica, pueden pasar al sindicato o a tareas administrativas. Actualmente, trabajan en la fábrica 430 personas. Al momento de recuperar la fábrica eran 240.

## **ANEXO II**

**Se adjunta un ejemplar (original) de las**

### **“NORMAS DE CONVIVENCIA DE ZANÓN BAJO CONTROL OBRERO”**

#### **Los trabajadores de Zanón tenemos la fábrica bajo control obrero desde el primero de octubre del 2001**

La producción organizada por la gestión obrera necesita de una estructura y normas que nos permitan manejar los criterios garantizando la democracia de los trabajadores y la disciplina en un marco de unidad.

- 3 – Que la resolución del juez del concurso fue remover el directorio y designar una administración judicial.
- 4 – Que para mantener la gestión obrera en forma autónoma, sin ingerencia de la intervención judicial se resolvió constituir una

cooperativa de trabajo para mantener la administración de la fábrica en manos de los trabajadores.

- 5 – Que la ley de cooperativas sancionada por la dictadura militar de la Revolución Argentina en el año 1973 está plagada de artículos que chocan con la democracia de los trabajadores.
- 6 – Que el estatuto modelo del INAES no contempla una organización de democracia plena como la que ejercemos en el control obrero de Zanón.

### **Y CONSIDERANDO**

- 7 – Que la solución de fondo por la que luchamos los obreros de Zanón es la expropiación sin pago y estatización de la fábrica bajo control obrero para ponerla al servicio de la comunidad.
- 8 – Que como instancia transitoria nos vemos obligados a luchar por el reconocimiento del control obrero bajo la forma de una cooperativa para mantener la administración de la fábrica en forma autónoma.
- 9 – Que por todo esto, la lucha por la defensa de nuestros derechos continúa mejorando nuestra organización interna y dando la lucha política en las calles constantemente, hermanados con el resto de los trabajadores ocupados y desocupados, buscando la unidad y la coordinación.

**SE RESUELVE** el siguiente reglamento interno para la producción y la lucha de los trabajadores de Cerámica Zanón bajo control obrero que tendrá plena vigencia y estará por encima de las normas generales del estatuto presentado al INAES.

### **1 – CRITERIO GENERAL**

Es el compromiso de todos nosotros trabajar por la unidad y la organización tanto en lo productivo como en lo político, pilares fundamentales de nuestra lucha.

## 2 – ASAMBLEA GENERAL

La asamblea general es el organismo máximo y soberano de decisión de los trabajadores y se informará con un mínimo de 72 hs. de anticipación en el transparente de entrada (reloj).

Si la asamblea es de carácter resolutivo el aviso deberá contener el temario. La asamblea empezará a los 15 minutos de convocada con el quórum de los presentes.

## 3 – ASAMBLEA DE TURNO

La asamblea semanal de turno (informativa o resolutiva) se informará con un día de anticipación en el transparente de entrada (reloj). Si la asamblea es de carácter resolutivo el aviso deberá contener el temario. La asamblea empezará a los 15 minutos de convocada con el quórum de los presentes.

## 4 – REUNIÓN DE COORDINADORES

El órgano director de la fábrica es la reunión de coordinadores. La reunión estará compuesta por: el coordinador general, los coordinadores de sector y tres miembros de comisión interna o directiva del SOECN. Todos ellos tienen derecho a voz y voto.

**Todos los sectores tienen la obligación de elegir un coordinador que será revocable en cualquier momento.** De no ser así, la reunión de coordinadores designará un compañero para que cumpla esta función. Los sectores de la fábrica son: atomizadores, prensas, líneas, hornos, selección, laboratorio de pastas, laboratorio de esmalte, mantenimiento, stock y despacho, compras, ventas, administración, guardia, prensa y difusión, (poner todos los sectores que falten)

El consejo de administración de la cooperativa estará integrado por todos los coordinadores. El presidente, vicepresidente, tesorero y los síndicos (titular y suplente) serán designados en asamblea general y podrán ser revocados por esta en cualquier momento. Todos los coordinadores -y por ende todos los miembros del consejo de administración de la cooperativa- trabajarán como el resto de los obreros -salvo el tiempo que deban dedicar a sus actividades específicas- y tendrán el mismo salario que el resto de los

trabajadores. Se adopta como principio la rotación periódica de los cargos para que todos los compañeros tengan la posibilidad de asumir la responsabilidad que ello implica.

Las reuniones de coordinadores se realizarán todos los martes a las 9 hs. con una tolerancia de 15 minutos (salvo casos de fuerza mayor). La concurrencia es obligatoria para todos sus miembros. La ausencia o las dos llegadas tarde mensuales se sancionarán con el descuento de la jornada de trabajo.

Las reuniones de coordinadores son abiertas para todos los compañeros con derecho a voz. Las decisiones se tomarán con la mayoría simple de los presentes. Las decisiones son revocables por la asamblea general. De cada reunión de coordinadores se labrará un acta con las resoluciones centrales que será redactada y publicada por Prensa y Difusión en un máximo de 24hs.

El incumplimiento de las resoluciones de la reunión de coordinadores se sancionará con un día de descuento la primera vez, dos días la segunda y una semana la tercera vez. La sanción a aplicar ante el cuarto incumplimiento será sometido a la decisión de la reunión de coordinadores.

Los coordinadores y el Consejo de Administración de la cooperativa no pueden solicitar préstamos a bancos oficiales o privados o cualquier otra institución de crédito sin la autorización previa de la asamblea general debidamente convocada. Para adquirir, enajenar, gravar, locar o celebrar toda clase de actos jurídicos sobre bienes muebles o inmuebles se requiere la autorización previa de la asamblea cuando el valor de la operación exceda el 15% del capital suscrito según el último balance aprobado.

## **5 – NORMAS DE PRODUCCIÓN Y DISCIPLINARIAS**

Criterio general: Las cuestiones disciplinarias y de producción se resolverán en el ámbito interno del sector. De no poder resolverse se llevarán a la reunión de coordinadores.

### **NORMAS DE PRODUCCIÓN**

A- Respaldo a los coordinadores para organizar la producción y las actividades fuera de la fábrica.

- B- Es obligación de todos los sectores de producción realizar la planilla de control de proceso. El compañero que no lo realice será sancionado con un día de descuento la primera vez, dos días la segunda y una semana la tercera vez. La cuarta será sometida a la reunión de coordinadores.
- C- Turno rotativo para todos los compañeros. La única excepción será el acuerdo entre compañeros del sector o aquellos compañeros con problemas de salud o edad avanzada. El compañero que no realice los turnos será sancionado con un día de descuento el primer día, dos días el segundo y una semana el tercero. La cuarta será sometida a la reunión de coordinadores.
- D- Por resolución de asamblea la guardia tiene la obligación de revisar bolsos, mochilas, vehículos, etc. a la salida de la fábrica. Quien se niegue a esta resolución será informado en reunión de coordinadores y sancionado. Sobre las facultades y obligaciones de la guardia ver reglamento adjunto.
- E -El o los compañeros que tengan que retirarse de la planta por actividades o casos particulares deberán salir con autorización por escrito del coordinador del sector (una copia será entregada a la guardia). Caso contrario se le descontará la jornada.
- F- El compañero que ingrese a la planta y no se presente a horario en el sector que tiene asignado por su coordinador o abandone su puesto de trabajo será sancionado con un día de descuento la primera vez, dos días la segunda y una semana la tercera vez. La cuarta será sometida a la reunión de coordinadores.

### **NORMAS DISCIPLINARIAS**

- A- Están prohibidos los juegos de azar, ingreso de bebidas alcohólicas y dormir en horario de trabajo. Quien cometa cualquiera de estas faltas será sancionado con un día de descuento la primera vez, dos días la segunda y una semana la tercera vez. La cuarta será sometida a la reunión de coordinadores.
- B- El cumplimiento del horario de entrada y salida es obligatorio. Se tolerarán hasta tres entradas tarde en el mes de no más de 30 minutos cada una. El tiempo perdido se recuperará en la misma jornada. A partir de la cuarta entrada tarde se aplicará un día de

descuento por cada llegada tarde. De persistir el problema será sometido a la reunión de coordinadores.

Los compañeros que no son de Neuquén o Centenario tendrán tolerancia en el turno de mañana para el horario de ingreso, pero deberán cumplir las ocho horas de trabajo.

La no marcada del horario de entrada o salida será considerado como un no cumplimiento del horario. En caso de olvido se podrá justificar con un memo por escrito del compañero y su coordinador.





# SALUD

## El derecho a la salud

Javier Vásquez\*

### Vínculos entre derechos humanos, salud pública y bienestar individual

#### A. Violaciones a los derechos humanos *vis à vis* la salud de los individuos

¿Por qué hablamos de derechos humanos en el contexto de la salud pública y del bienestar físico y mental del individuo? ¿Cuáles son los vínculos que existen entre estas tres áreas? ¿Por qué hablamos además de una protección especial en el contexto de personas con enfermedades, epidemias como el virus VIH/SIDA o distintos tipos de discapacidad? Los instrumentos generales de derechos humanos protegen a *todas las personas* sin ninguna distinción. Consecuentemente las personas que padecen de enfermedades o que tienen alguna discapacidad física, sensorial o mental y otros grupos vulnerables se encuentran protegidas por estos instrumentos. Estas personas, generalmente, se encuentran en una particular condición (tal como ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, y otros organismos de derechos humanos), de vulnerabilidad e impotencia<sup>1</sup>, ya sea en instituciones psiquiátricas, centros de salud, asilos, en centros de enseñanza, en centros penitenciarios, en puestos de trabajo, en la sociedad civil y en el seno familiar, entre otros lugares.

---

\* Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, OPS/OMS.

<sup>1</sup> Ver “Recomendación de la CIDH sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad mental”. El texto completo de la recomendación puede ser consultado en <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/cap.6d.htm> La CIDH también se ha referido a la situación de vulnerabilidad de personas con VIH/SIDA, trastornos mentales, discapacidades y hepatitis B (entre otras). Ver las medidas cautelares otorgadas por la CIDH en 2003, Informe Anual, OEA/Ser. L/V/II.118, Doc. 70 rev. 2, 29 de diciembre de 2003, párrafo 63. Ver también las medidas cautelares otorgadas por la CIDH en 2002, Informe Anual, OEA/Ser. L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, 7 de marzo de 2003, párrafos 13, 42, 50, 51 y 53.

Por otro lado, si por ejemplo, existen condiciones deplorables en instituciones psiquiátricas, centros de salud, asilos, centros penitenciarios, guarderías u otras instituciones públicas; o se somete a estas personas a un tratamiento inhumano o degradante se podría perjudicar su salud física o mental y otros derechos humanos básicos con consecuencias muchas veces irreparables. De igual forma, las personas con enfermedades o discapacidades frecuentemente son discriminadas al momento de competir por puestos de trabajo, o son excluidas en hospitales, cafeterías, restaurantes u otros lugares públicos por su condición o discapacidad, lo cual tiene muchas veces una repercusión negativa en la salud o bienestar físico y mental y otros derechos humanos básicos de estas personas. Por consiguiente, siguiendo la posición de algunos expertos en derechos humanos y salud pública tal como Lawrence Gostin<sup>2</sup>, principalmente en el contexto de personas afectadas por trastornos mentales, discapacidades o por el virus VIH/SIDA, **las violaciones a los derechos humanos pueden tener un efecto negativo en la salud de las personas en general y en especial de aquellas con discapacidades, enfermedades y de otros grupos vulnerables.** Este sería el primer vínculo entre derechos humanos, salud pública y bienestar individual.

### **B. Políticas, planes, prácticas y legislaciones de salud pública *vis à vis* derechos humanos**

Un segundo vínculo existe entre políticas, planes, prácticas y legislaciones con relación a derechos humanos. Es decir, las

---

<sup>2</sup> Gostin, profesor de derecho en la Universidad de Georgetown (Washington D.C.) y de salud pública en la Universidad Johns Hopkins (Baltimore), se ha referido –por ejemplo– a los vínculos existentes entre derechos humanos y salud pública en el contexto de personas con discapacidades mentales y con VIH/SIDA. En resumen Gostin presenta 3 vínculos básicos entre derechos humanos, salud mental y el virus VIH/SIDA que ofrecen importantes lineamientos en el esfuerzo por encontrar los vínculos existentes entre salud pública, derechos humanos y bienestar individual. Gostin propone que 1) las políticas de salud pública inciden en el ejercicio de derechos humanos de las personas con discapacidades mentales o portadoras del virus VIH/SIDA; 2) las violaciones a los derechos humanos afectan la salud física y mental de los individuos antes mencionados; y 3) la promoción de la salud pública y de los derechos humanos fortalece recíprocamente ambas áreas. Ver Lawrence O. Gostin and Lance Gable, “The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health”, *Maryland Law Review*, University of Maryland, vol. 63 (2004), number 1, p. 27. Ver también Lawrence O. Gostin and Zita Lazzarini, *Human Rights and Public Health in the Aids Pandemic* 43-49 (1997).

políticas, planes o legislaciones pueden ser instrumentos que promuevan y protejan los derechos básicos y libertades fundamentales de las personas, en especial aquellas con enfermedades o discapacidades o sencillamente pueden ser instrumentos que obstaculizan el ejercicio de los mismos. Muchas veces estos instrumentos impiden a las personas mencionadas anteriormente el ejercicio de su derecho a la libertad, a la privacidad, debido proceso, a votar, a asociarse con otros, a moverse dentro de un territorio, a obtener una vivienda, a educarse, etc. Este sería, entonces, un segundo vínculo: **políticas, planes, prácticas y legislaciones en el área de la salud pública o de discapacidad pueden afectar positiva o negativamente el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas que padecen de enfermedades, discapacidades o que son más vulnerables a éstas<sup>3</sup>.**

Consecuentemente, es importante incorporar en dichas políticas, legislaciones, planes o prácticas, la normativa internacional existente en materia de derechos humanos en especial aquellos estándares internacionales y regionales que protegen los derechos humanos de estas personas debido a su condición de especial vulnerabilidad. Respecto a la relación entre políticas y legislaciones nacionales sobre discapacidad o áreas particulares de la salud pública como son el virus VIH/SIDA, las legislaciones son instrumentos útiles para desarrollar las metas que han sido establecidas en la política nacional de discapacidad o de dichas áreas. No obstante, la legislación no reemplaza a la política de salud pública, más bien es parte de ésta y ambos instrumentos son necesarios para una protección y promoción efectiva de la salud y otros derechos básicos de las personas con discapacidades, enfermedades o más vulnerables a éstas. Así, la legislación es un instrumento esencial para desarrollar servicios de rehabilitación basados en la comunidad, establecer los derechos humanos, referir a las obligaciones internacionales del Estado con relación a la prestación de servicios sanitarios, acceso a medicamentos, etc.

---

<sup>3</sup> Ver Jonathan M. Mann, Sofia Gruskin, Michael A. Grodin, George J. Annas, *Health and Human Rights 11-14* (1999).

### **C. El ejercicio de los derechos humanos vis à vis el máximo nivel de bienestar individual**

Un tercer vínculo se observa debido a que el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y el disfrute de las libertades fundamentales, al igual que un cierto nivel de salud física y mental son requisitos necesarios para que las personas alcancen un verdadero bienestar y su plena realización como ciudadanas de conformidad con las Constituciones Nacionales. De hecho, cierto nivel de salud física y mental es necesario para poder participar activamente en la vida civil, social política y económica de un país y al mismo tiempo el ejercicio de ciertos derechos humanos y libertades tales como la libertad de religión o asociación, la libertad de movimiento, el derecho al debido proceso, el derecho a votar, el derecho a la alimentación, a la educación o a un medio ambiente sano, entre otros, son esenciales para que las personas puedan disfrutar de un verdadero bienestar físico y mental<sup>4</sup>.

Con relación al rol de los derechos humanos en la construcción del bienestar físico y mental, se puede utilizar la normativa de derechos humanos para proteger a las personas con discapacidades, con enfermedades o más vulnerables a éstas y esta estrategia tendría como uno de sus objetivos mejorar el estado de salud y la calidad de vida de dichos individuos. Sin embargo, existe un limitado conocimiento de los derechos humanos en el contexto de la salud pública y esto contribuye muchas veces a que los mismos no se respeten tanto por autoridades gubernamentales como por miembros de la sociedad civil, o incluso por familiares de las personas más vulnerables o que se encuentran en instituciones de salud pública o centros penitenciarios.

Es necesario, entonces, informar, diseminar, divulgar estos derechos y libertades de tal forma que sean conocidos y ejercidos, en especial, por aquellos individuos más vulnerables a enfermedades o discapacidades de cualquier naturaleza. En pocas palabras, es necesario promocionar estos derechos de tal forma que su ejercicio coadyuve a una protección más efectiva de las personas afectadas

---

<sup>4</sup> Gostin se ha referido a este vínculo sobre todo en el contexto del bienestar mental. Ver *Supra* nota 2.

por epidemias, enfermedades o discapacidades y que a su vez éstas personas disfruten de una verdadera ciudadanía que se encuentre fundamentada en derechos, obligaciones y libertades que son inherentes a toda persona humana por el hecho de ser “*persona*”. Por ende, los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos pueden ser usados para llevar a cabo acciones concretas que prevengan las discapacidades físicas, mentales, sensoriales o de cualquier otro tipo y coadyuven a la rehabilitación de los pacientes. No obstante, dichas acciones se encuentran todavía en una fase inicial y se hace necesario investigar y documentar aún más los efectos o posibles efectos que el uso de instrumentos de derechos humanos puede tener en la salud de la población.

La normativa internacional de derechos humanos es un instrumento esencial, por lo tanto, para promocionar y proteger positiva y ampliamente la salud física y mental de las personas y además es una herramienta adicional que permite a los individuos con discapacidades, enfermedades físicas o mentales y otros grupos vulnerables ser verdaderos sujetos de derecho y ciudadanos en la sociedad civil al igual que el resto de los seres humanos que gozan de un mejor estado de salud.

### **El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de conformidad con las normas generales y los estándares internacionales y regionales de derechos humanos**

El derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, puede ser encontrado en distintas fuentes legales del derecho nacional e internacional. Si bien en esta presentación nos referiremos principalmente a las fuentes propias del derecho internacional, es importante resaltar que la mayoría de los Estados de la Región consagran el derecho a la protección de la salud en sus Constituciones Nacionales lo cual significa que los Estados han asumido obligaciones con relación a la protección de la salud pública de conformidad con su ordenamiento jurídico interno<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> El derecho a la salud y/o a la protección de la salud se encuentra consagrado en 20 de las 35 Constituciones de la Región (Bolivia, Brasil, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá,

Con relación al derecho internacional público, las fuentes más importantes del derecho a la salud podrían ser resumidas en tres grupos que incluyen la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), las convenciones internacionales de derechos humanos y los lineamientos o estándares internacionales en materia de salud pública, discapacidad y derechos humanos.

### **A. La Constitución de la OMS<sup>6</sup>**

Los Estados Miembros de la OMS acordaron importantes principios relacionados con la salud pública que aparecen en el preámbulo del instrumento constitutivo de la referida agencia especializada de las Naciones Unidas. Así, la Constitución define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades...” Más adelante este documento establece un principio internacional fundamental en virtud del cual el goce del grado máximo de salud no es solamente un estado o condición de la persona, sino también “(...) uno de los derechos fundamentales de todo ser humano...”. Lo anterior implica, por consiguiente, que surgen obligaciones para los Estados Miembros de la OMS con relación al ejercicio de este derecho y que por lo tanto “[l]os gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual solo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias adecuadas...”

### **B. Las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos<sup>7</sup>**

Con relación a las Convenciones Internacionales, el derecho a la salud es reconocido, definido y protegido por el artículo 12 del Pacto

---

Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela). Ver Organización Panamericana de la Salud, *El Derecho a la Salud en las Américas 487-606* (1989).

<sup>6</sup> La Constitución fue adoptada por la Conferencia Internacional de la Salud, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946 y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados.

<sup>7</sup> Las convenciones internacionales de derechos humanos han incorporado los principios establecidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual a pesar de no ser un instrumento con fuerza vinculante para los Estados es considerada como una fuente legal fundamental de derechos civiles, políticos,

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>8</sup>. Dicho artículo reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y establece las medidas que deben adoptar los Estados Miembros para asegurar la efectividad de este derecho, las cuales entre otras se refieren a la prevención y tratamiento de enfermedades y epidemias y al suministro de asistencia y servicios médicos. En cuanto a la supervisión de su cumplimiento, es importante señalar que los Estados partes se comprometen a presentar informes sobre las medidas que estén adoptando y los progresos que se hayan realizado con el fin de asegurar el respeto al derecho a la salud y demás derechos reconocidos en el Pacto. Estos informes son revisados y analizados por el “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” con sede en Ginebra, que además puede recibir informes de la sociedad civil y hacer comentarios generales o recomendaciones sobre determinados derechos del Pacto<sup>9</sup>.

Es oportuno señalar que el derecho a la salud se encuentra íntimamente vinculado a otros derechos humanos de carácter civil y político y a libertades fundamentales a las cuales nos referiremos más adelante. Así, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>10</sup> establece que “(...) nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos...”

---

económicos, sociales y culturales y libertades fundamentales. El artículo 25 de la Declaración se refiere al derecho que tiene todo ser humano a la atención médica. En el plano Regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ha servido de inspiración para la adopción de convenciones regionales de derechos humanos que han incorporado los derechos y libertades consagrados en este instrumento. El artículo XI de este documento establece el derecho que tiene todo ser humano a la preservación de la salud y al bienestar.

<sup>8</sup> A.G. Res. 2200A (XXI), 21 ONU GAOR Sup. (No. 16) 49, ONU Doc. A/6316 (1966). Entró en vigor el 3 de enero de 1976 y 142 Estados lo han ratificado.

<sup>9</sup> La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha designado a un relator especial para colaborar con los Estados en la promoción y protección del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Para mayor información ver [www.ohchr.org/spanish/issues/health/right/](http://www.ohchr.org/spanish/issues/health/right/).

<sup>10</sup> A.G. Res. 2200, 21 ONU GAOR Sup. (No. 16) 52, ONU Doc. A/6316 (1966). Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y 85 Estados lo han ratificado. Algunas disposiciones referentes a la salud del ser humano pueden también encontrarse en otras convenciones internacionales de derechos humanos tales como la Convención de los Derechos del Niño (1990), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1985) y la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), entre otras.



precisamente para proteger el derecho de todo ser humano a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta vinculación entre el derecho a la salud y la integridad física y psíquica del ser humano es de una gran importancia sobre todo para proteger a personas que se encuentran privadas de libertad bajo la jurisdicción del Estado como sucede en el caso de personas internadas en instituciones psiquiátricas, centros penitenciarios o asilos, entre otras.

A nivel regional, el derecho a la salud es reconocido por el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales<sup>11</sup> (Protocolo de San Salvador). Este artículo establece que:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
  - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
  - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
  - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
  - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
  - e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
  - f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

---

<sup>11</sup> OEA, No. 69 (1988), suscrito el 17 de noviembre de 1988, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, OEA/Ser.L.V/II.82 doc. 6 rev. 1, p. 67 (1992). Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999 y ha sido ratificado por 12 Estados.

El Protocolo de San Salvador también es específico con relación a las necesidades de salud y atención médica especializada y especial de las personas adultas mayores (artículo 17) y de las personas con discapacidades físicas o mentales (artículo 18) por ser considerados como grupos especialmente vulnerables. Teniendo en cuenta otros derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el Protocolo, es también evidente que vivir en un medio ambiente sano (artículo 11) y tener una nutrición adecuada (artículo 12) son derechos que están íntimamente vinculados al derecho a la salud y que además son requisitos necesarios para que el ser humano logre el máximo desarrollo físico, psíquico e intelectual.

Para proteger los derechos reconocidos por el Protocolo, el mismo establece que los Estados partes se comprometen a presentar informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el respeto a los derechos protegidos por este instrumento. Estos informes son examinados por el Consejo Interamericano, Económico y Social y por el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura de la Organización de Estados Americanos (OEA).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el derecho a la salud ha sido también analizado desde su vinculación a distintos derechos civiles y políticos y libertades fundamentales de personas especialmente vulnerables a discapacidades, trastornos mentales y enfermedades infecciosas. Así, la CIDH<sup>12</sup> ha analizado derechos contemplados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>13</sup> tales como el derecho a la vida (artículo 4), a la integridad personal (artículo 5) y a la protección judicial (artículo 25) de personas que padecen enfermedades físicas y mentales o que se

---

<sup>12</sup> La CIDH fue establecida en 1959 y su estructura actual se rige entre otros documentos por la Convención Americana sobre derechos humanos. Tiene sus oficinas centrales en Washington, D.C. Una de sus principales funciones es atender las denuncias o peticiones de personas, grupos de personas u organizaciones que alegan violaciones de los derechos humanos cometidas en los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Entre sus funciones se encuentran las visitas *in loco* a los Estados de la OEA, la celebración de audiencias, la emisión de informes sobre casos individuales de derechos humanos y sobre la situación en los Estados y la adopción de medidas cautelares. Para mayor información ver <http://www.cidh.org>.

<sup>13</sup> OEA, Off. Rec., OEA/Ser.L./V.II.23 doc. 21 rev. 6 (1979). Entró en vigor el 18 de Julio de 1978 y 25 Estados la han ratificado.

encuentran internadas en hospitales psiquiátricos o centros penitenciarios.

De acuerdo a este organismo, el estado de salud de las víctimas es un importante factor para determinar si las mismas han sido sometidas a un tratamiento inhumano y degradante prohibido por la Convención Americana. De conformidad con algunos informes de la CIDH, la detención de una persona con una enfermedad física o mental bajo condiciones deplorables y sin el debido tratamiento médico puede llegar a constituir tratamiento inhumano y degradante, prohibido por el artículo 5.2 de la Convención Americana<sup>14</sup>.

Es muy relevante resaltar que a pesar de que estos informes se refieren a derechos civiles y políticos y libertades fundamentales y no al derecho a la salud *per se*, en algunas ocasiones, la CIDH ha recomendado al Estado en cuestión tomar medidas sanitarias esenciales tales como brindar la debida atención médico psiquiátrica, brindar el tratamiento antirretroviral necesario para hacer posible la supervivencia de personas con VIH/SIDA, realizar los exámenes necesarios para determinar la existencia o avance del virus VIH/SIDA, tomar acciones para prevenir enfermedades, elaborar diagnósticos médicos, nombrar personal de salud idóneo y reformar prácticas inconsistentes con los estándares internacionales de salud pública y derechos humanos tales como son el aislamiento celular de personas con trastornos mentales, entre otras.

Indiscutiblemente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los mecanismos de protección de derechos humanos utilizados por la CIDH tales como la revisión de casos individuales, las visitas a instituciones de salud pública y la solicitud de medidas cautelares están demostrando ser útiles herramientas para reformar

---

<sup>14</sup> En Abril de 1999, la CIDH aprobó por primera vez un informe referente a una persona con discapacidad mental conocido como “el caso de Víctor Rosario Congo”. En este Informe la CIDH se refirió a las personas con discapacidad mental como un grupo especialmente vulnerable. La CIDH concluyó que el Estado de Ecuador había violado el derecho de Víctor Congo a su integridad física, a la vida y a la protección judicial, en parte, porque a pesar de su trastorno mental se le mantuvo incomunicado, bajo condiciones deplorables y sin el debido tratamiento médico. Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 29/99, Caso 11.427, adoptado por la CIDH en su Sesión 1424, OEA/Ser/L/VII.102, Doc. 26, 9 de marzo de 1999. Ver también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 28/96, Caso 11.297, Guatemala, Informe Anual de la CIDH 1996. Ver también Resolución No. 52/82, Caso 5154, Nicaragua, Informe Anual de la CIDH 1982-1983.

las políticas, prácticas y servicios de salud vigentes, lo cual contribuye a la realización efectiva del artículo 12 (Derecho a la Salud) del Protocolo de San Salvador<sup>15</sup>.

Vale la pena mencionar que las personas con discapacidades se encuentran protegidas por la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad<sup>16</sup> adoptada por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1999, cuyos objetivos son la prevención y la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad física, mental o sensorial y propiciar su plena integración en la sociedad. En esta convención (artículo III), los Estados partes también se comprometen a prevenir las discapacidades y a trabajar en áreas tales como el tratamiento, la rehabilitación y el suministro de servicios que aseguren la calidad de vida y bienestar de las referidas personas.

### **C. Estándares internacionales y regionales de derechos humanos**

#### **Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>17</sup>**

Es importante hacer referencia, brevemente, a los lineamientos que han sido formulados por el Comité arriba mencionado con

---

<sup>15</sup> Con relación a las medidas cautelares, el artículo 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que en casos de gravedad y urgencia la Comisión podrá a iniciativa propia o de parte interesada, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas. El 17 de diciembre de 2003, la CIDH otorgó por primera vez medidas cautelares para proteger la vida y la integridad personal de las 458 personas internadas en el Hospital Psiquiátrico de Paraguay. La CIDH solicitó al Estado restringir el uso de celdas de aislamiento de conformidad con los estándares internacionales de salud mental y derechos humanos. La CIDH también ha otorgado medidas cautelares para proteger el derecho a la vida y a la integridad personal de personas portadoras del virus VIH/SIDA. Ver Informes Anuales de la CIDH 2002 y 2003, *Supra* Nota 1.

<sup>16</sup> A.G./res. 1608 (XXIX-0/99), 7 junio 1999. Esta Convención entró en vigor el 14 de septiembre de 2001 y hasta el momento ha sido ratificada por Costa Rica, México, Argentina, Uruguay y Panamá.

<sup>17</sup> Adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su 22 período de sesiones del 25 de abril al 12 de mayo de 2000. Ver Comentario General No. 14 (2000) (E/C.12/2000/4) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Este comentario puede ser consultado en: <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/c25222ddae3cbdbbc1256966002ef970?OpenDocument>

relación a cuestiones sustantivas y a la aplicación del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Para los efectos de esta presentación y teniendo en consideración que dicho Pacto protege el derecho a la salud en términos muy parecidos a los utilizados por el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, me referiré principalmente a la interpretación teórica y práctica, alcance e impactos reales de este artículo (artículo 10, Protocolo de San Salvador) a la luz de los lineamientos formulados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

El derecho a la salud, tal como es planteado por las convenciones internacionales y regionales de derechos humanos, no debe interpretarse como el derecho a estar sano (lo cual no podría ser garantizado por los Estados). Cuando el Pacto de San Salvador se refiere a “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”, está teniendo en cuenta el disfrute de toda una serie de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar ese más alto nivel posible de salud física y mental. De acuerdo a la Observación No. 14, el derecho a la salud –tal y como hemos explicado anteriormente– está relacionado con otros derechos económicos, sociales y culturales tales como el derecho a la alimentación, al trabajo y a un medio ambiente sano; pero también está muy vinculado a derechos civiles y políticos y libertades fundamentales tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a no ser sometido a torturas o tratamientos inhumanos o degradantes (tales como experimentos médicos o intervenciones quirúrgicas no consensuales), a la no discriminación, al debido proceso, a la libertad y a la protección judicial, entre otros.

En cuanto a los **elementos esenciales del derecho a la salud** el Comité hace referencia a 4 elementos esenciales e interrelacionados que se refieren a los establecimientos, bienes y servicios de salud cuya aplicación puede variar de acuerdo a la situación particular de cada Estado:

- Disponibilidad
- Accesibilidad física y económica sin discriminación
- Aceptabilidad
- Calidad

Es importante señalar que el Comité se refiere en su observación a la igualdad de acceso a la atención y a los servicios de salud y se refiere especialmente a la obligación que tienen los Estados de proporcionar esta atención a los grupos más vulnerables entre los cuales menciona a las personas con discapacidades físicas o mentales, las personas con VIH/SIDA, las mujeres, los niños y adolescentes, las personas adultas mayores y los pueblos indígenas. Con relación a las restricciones y limitaciones del derecho a la salud, el Comité ha recalcado que frecuentemente los Estados utilizan la salud pública para justificar limitaciones al ejercicio de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales. No obstante, el Comité ha clarificado que cualquier limitación del derecho a la salud debe tener como objetivo la protección de los derechos de los individuos y debe llevarse a cabo de conformidad con la ley y las normas y estándares internacionales de derechos humanos tales como son los Principios de Siracusa<sup>18</sup>. La limitación de derechos humanos y libertades fundamentales por motivos de salud pública, deberá ser siempre de duración limitada y estar sujeta a revisión periódica.

En cuanto a las **obligaciones de los Estados partes**, si bien tanto el Pacto como el Protocolo de San Salvador establecen que los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles a fin de lograr el “desarrollo progresivo” del derecho a la salud, esto no significa que no existan obligaciones inmediatas para avanzar hacia la plena realización de este derecho. Por ejemplo, los Estados deben garantizar que los servicios de salud existentes sean proporcionados sin discriminación, deben adoptar medidas concretas de una manera constante (tales como las medidas enunciadas en las convenciones

---

<sup>18</sup> De conformidad con los Principios de Siracusa, limitaciones a los derechos humanos deben proceder sólo cuando no existan otros mecanismos disponibles y éstas sólo serán legítimas si cumplen con los siguientes requisitos: 1) La restricción está contemplada en la ley y se efectúa de acuerdo a lo establecido por ésta; 2) La restricción obedece a un objetivo legítimo de interés general; 3) La restricción es estrictamente necesaria en una sociedad democrática para alcanzar un determinado objetivo; 4) No existen mecanismos menos restrictivos o alteradores para alcanzar el determinado objetivo; 5) La restricción no es arbitraria o discriminatoria respecto a los términos utilizados por la ley o la política o respecto a la manera como es aplicada. Ver United Nations Economic and Social Council (ECOSOC) (1985). *The Siracusa Principles on the Limitations and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*. UN Doc. E/CN.4/1985/4, Annex.

arriba mencionadas) y además garantizar con efecto inmediato (no progresivo) el ejercicio de todos aquellos derechos civiles y políticos y libertades fundamentales relacionados con la salud física y mental de los individuos, cuya protección es obligatoria para aquellos Estados que hayan ratificado instrumentos convencionales de derechos humanos tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana.

De acuerdo al Comité, las obligaciones de los Estados con relación al derecho a la salud pueden ser resumidas en:

- Obligación de respetar (facilitar el acceso a los bienes y servicios de salud sin discriminación).
- Obligación de proteger (adopción de leyes, políticas y otras medidas).
- Obligación de cumplir (reconocer el derecho a la salud en sus sistemas políticos).

La Observación No. 14 establece cuáles son las **obligaciones mínimas** de los Estados las cuales no están sujetas a la disponibilidad de recursos y que son de inmediato cumplimiento:

- Garantizar el acceso a centros, bienes y servicios de salud sin discriminación y en especial con relación a grupos marginados.
- Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima.
- Garantizar la vivienda y el suministro de agua.
- Facilitar medicamentos esenciales.
- Adoptar un plan de acción nacional de salud pública.

Por otro lado, debido a la protección que requieren las personas con discapacidades, trastornos mentales, VIH/SIDA y adultos mayores, entre otros, por su particular condición de vulnerabilidad, distintos organismos internacionales han establecido estándares especiales para la promoción y protección de los derechos básicos y libertades fundamentales de estas personas y sus familiares o para aclarar temas específicos de salud pública. Tales estándares o si se quiere lineamientos, también pertenecen al ámbito del derecho internacional y son, en su gran mayoría, declaraciones, recomendaciones e informes promulgados por la Asamblea General y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la

OMS, la OPS y la CIDH, entre otros. Los estándares internacionales más importantes en esta materia son:

1. **La Declaración de Alma Ata**<sup>19</sup>.
2. **La Declaración de los Derechos de las Personas con Retraso Mental**<sup>20</sup>.
3. **Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental**<sup>21</sup>.
4. **Las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad**<sup>22</sup>.
5. **Las directrices internacionales sobre VIH/SIDA y los derechos humanos**<sup>23</sup>.
6. **La Observación General No. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre personas con discapacidad**<sup>24</sup>.
7. **La Declaración de Caracas**<sup>25</sup>.
8. **La Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA) sobre la promoción y protección de las personas con discapacidad mental**<sup>26</sup>.

---

<sup>19</sup> Informe de la Conferencia Internacional sobre atención primaria de salud, celebrada en Alma-Ata del 6 al 12 de septiembre de 1978, en *Serie de Salud para Todos*, No. 1, OMS, Ginebra, 1978.

<sup>20</sup> A.G. res. 2856 (XXVI), 26 ONU GAOR Supp. (No. 29) p. 93, ONU Doc. A/8429 (1971).

<sup>21</sup> A.G. res. 46/119, 46 ONU GAOR Supp. (No.49) p.189, ONU Doc. A/46/49 (1991).

<sup>22</sup> Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, G.A. res 48/96, 48 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 202, U.N. Doc. A/48/49 (1993).

<sup>23</sup> Segunda Consulta Internacional sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos, Ginebra, 23 a 25 de septiembre de 1996, U.N.C.H.R. res. 1997/33, U.N. Doc. E/CN.4/1997/150 (1997).

<sup>24</sup> Adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su 11º periodo de sesiones, 9 de diciembre de 1994.

<sup>25</sup> En 1990, la Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS) convocó a distintas organizaciones, asociaciones profesionales de salud mental y juristas a la Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina (1990) celebrada en Caracas. En el marco de esta conferencia se aprobó la *Declaración de Caracas*.

<sup>26</sup> Supra Nota 1.



## 9. El Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento<sup>27</sup>.

### Iniciativas de la OPS/OMS para la promoción y protección del derecho a la salud y otros derechos humanos relacionados

La OPS en su calidad de oficina regional de la OMS y organismo especializado en materia de salud de la OEA, tiene un papel fundamental en la realización práctica en sus Estados Miembros del derecho a la salud y otros derechos humanos relacionados con la salud pública, sobre todo a través de acciones concretas de colaboración técnica. Si bien la OPS está desarrollando una iniciativa regional sobre salud pública y derechos humanos en coordinación con la OMS que involucra a distintas áreas de la Organización, para efectos de esta presentación, nos referiremos principalmente a las iniciativas que están contribuyendo a que los Estados Miembros promuevan y protejan el derecho a la salud y otros derechos básicos en el contexto de la salud mental, las personas con discapacidades, el virus VIH/SIDA y las personas adultas mayores.

La Unidad de Salud Mental de la OPS inició en 1990 la *Iniciativa para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica*, con la colaboración de la CIDH, los Centros Colaboradores de la OMS y otras organizaciones regionales e internacionales. Como parte de esta iniciativa, en 1990 la OPS llevó a cabo la *Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en Latino América*, donde se aprobó la Declaración de Caracas<sup>28</sup>. Esta Declaración propone la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidades mentales y la reforma de las leyes nacionales como estrategias para desarrollar esta reestructuración. Además, este instrumento establece

---

<sup>27</sup> *Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, Madrid, 8 a 12 de abril de 2002 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.02.IV), Cáp. I, resolución 1, anexo II.

<sup>28</sup> En 1990, abogados, jueces, asociaciones profesionales y profesionales de la salud mental se reunieron en Caracas y aprobaron la Declaración de Caracas. Para mayor información ver Itzak Levav, Helena Restrepo, y Carlyle Guerra de Macedo, *The Restructuring of Psychiatric Care in Latin America: A new policy for Mental Health Services*, 15 J. PUBLIC HEALTH & POLICY, p. 71 (1994).

algunos lineamientos con relación a los derechos humanos de las personas con trastornos mentales y con relación a la creación de servicios de salud mental comunitarios.

Como parte de la iniciativa arriba mencionada, la Unidad de Salud Mental y el Departamento Legal de la OPS iniciaron en el 2000 actividades conjuntas para promocionar y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas arriba mencionadas. Las principales actividades incluyen talleres de capacitación, colaboración con organismos regionales e internacionales de derechos humanos tales como la CIDH, apoyo técnico para la formulación/reforma de leyes sobre salud mental y el lanzamiento de la campaña regional “Salud mental y derechos humanos: un nuevo enfoque”.

#### **A. Los talleres de capacitación: un mecanismo dinámico y efectivo**

En concordancia con las recomendaciones de la CIDH en esta materia, la OPS considera que la reforma de las legislaciones y políticas de salud mental, al igual que una protección efectiva de los derechos de las personas con trastornos mentales debe comenzar con un proceso educativo y de capacitación entre las autoridades gubernamentales, defensorías de derechos humanos, profesionales de la salud mental, abogados, estudiantes de derecho, usuarios, sus familiares, ONG's nacionales e internacionales y demás personas e instituciones involucradas en la protección y promoción de la salud mental y en la estructuración de los servicios de salud mental<sup>29</sup>.

El rol de la OPS es vital no sólo para diseminar las normas generales y estándares internacionales de derechos humanos arriba mencionados y capacitar a los gobiernos en este tema, sino también para fortalecer a las organizaciones de usuarios sobre todo en el ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Las organizaciones de usuarios y de familiares pueden constituirse en un importante “puente” que facilite la reforma de las legislaciones y políticas de salud mental de acuerdo a los estándares internacionales

---

<sup>29</sup> Ver Heidi V. Jiménez y Javier Vásquez, “El Derecho Internacional, instrumento esencial para la promoción de la salud mental en las Américas”, *Revista Panamericana de Salud Pública*, 9 (4), 2001, p.267.

de derechos humanos y a su vez fortalezcan el rol de los usuarios como verdaderos protagonistas de la reforma de salud mental en las Américas.

Para lograr la diseminación y capacitación arriba mencionada, la OPS con la colaboración de la OMS y otras organizaciones internacionales tales como la OEA está organizando talleres de capacitación sobre derechos humanos y salud mental. Estos talleres son una de las estrategias de la OPS no solamente para promocionar y proteger los derechos humanos de las personas con discapacidades mentales, sino también para colaborar técnicamente con los Estados en la formulación/reforma de sus políticas, planes y legislaciones de salud mental y en la coordinación de redes nacionales para la promoción y protección de la salud mental. Es importante señalar que también desde una perspectiva de derechos humanos y teniendo como punto de referencia los talleres sobre salud mental y derechos humanos, la OPS ha llevado a cabo talleres similares para promocionar y proteger el derecho a la salud y otros derechos humanos relacionados en el contexto de las personas adultas mayores, las personas con otras discapacidades y los pueblos indígenas, a los cuales haremos referencia más adelante.

Hasta el momento la OPS ha organizado 14 talleres de capacitación sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidades mentales y 3 talleres de capacitación sobre legislación y salud mental. Los talleres se han llevado a cabo en Nicaragua, Costa Rica, Paraguay, Brasil, Argentina, Chile, Ecuador, República Dominicana, Perú, Argentina, Honduras, El Salvador, Panamá, Guatemala, Barbados, Grenada y Antigua y Barbuda. Los participantes, casi siempre, representan a varios sectores del gobierno, sociedad civil, organizaciones privadas y agencias internacionales tales como la CIDH (OEA), defensorías de derechos humanos, hospitales psiquiátricos, ministerios de educación, ministerios de trabajo, consejos nacionales de discapacidad, departamentos de policía, abogados, estudiantes de derecho, diputados, jueces, organizaciones de usuarios, sus familiares, asociaciones de enfermeras, asociaciones de psiquiatras, periodistas y artistas, entre otros.

Como resultado de estos talleres, la OPS con la colaboración de sus oficinas locales ha establecido redes nacionales en las 17 naciones mencionadas las cuales han iniciado una protección más

efectiva de los derechos de las personas con trastornos mentales. En algunos países, se han establecido comités técnicos los cuales, con la colaboración de la OPS, están llevando a cabo la formulación/reforma de las políticas/legislaciones de salud mental de acuerdo a las normas generales y estándares internacionales de derechos humanos y salud mental. Con relación a la supervisión de los derechos humanos y condiciones de vida en las instituciones psiquiátricas es importante mencionar que en algunos de los referidos Estados, las defensorías de derechos humanos han empezado a implementar mecanismos de quejas y supervisión de los derechos humanos a través de visitas a los hospitales psiquiátricos. En Chile, Honduras, Panamá, Belice, Nicaragua, Paraguay y Guatemala, la OPS también ha realizado talleres de capacitación sobre derechos humanos exclusivamente para el personal de los hospitales psiquiátricos nacionales.

El siguiente cuadro muestra los resultados 2002-2003-2004, de acuerdo al número de países visitados en los cuales se han llevado a cabo talleres de capacitación, el número de personas que han sido capacitadas y que han recibido las normas generales de derechos humanos y los estándares internacionales en salud mental, el número de políticas y legislaciones nacionales que están siendo revisadas de acuerdo al derecho internacional de derechos humanos, el número de redes nacionales y comités técnicos establecidos en la Región y el número de defensorías de derechos humanos que actualmente llevan a cabo una supervisión de los derechos humanos de las personas todavía institucionalizadas:

Países visitados	Personas capacitadas	Políticas revisadas	Legislaciones revisadas	Redes nacionales establecidas	Comités técnicos establecidos	Defensorías de derechos humanos que supervisan instituciones psiquiátricas
17	700	4	7	9	6	6

En base a la experiencia de la OPS en el área del derecho a la salud mental y otros derechos humanos relacionados, la Organización también ha llevado a cabo talleres de capacitación sobre el derecho a la salud y otros derechos humanos de las personas adultas

mayores como una de las estrategias para lograr el desarrollo de políticas y legislaciones que protejan y promuevan un envejecimiento saludable. Por ejemplo, en El Salvador y Paraguay se desarrollaron talleres de capacitación sobre los derechos humanos de las personas adultas mayores los cuales contaron con la participación de las Defensorías de Derechos Humanos y otros actores del sector gubernamental y de la sociedad civil, incluidas asociaciones de adultos mayores. Como resultado de estas acciones de capacitación, la OPS brindó apoyo técnico a estos países en la revisión de su legislación y política general del adulto mayor desde una perspectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, de tal forma que las normas generales de derechos humanos y estándares internacionales de salud pública y envejecimiento fueran incorporados en dichos instrumentos.

Iniciativas similares se están llevando a cabo para promocionar y proteger los derechos humanos de las personas con discapacidades y capacitar a estas personas en el uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos y estándares internacionales sobre discapacidad. La OPS ha realizado talleres para capacitar en derechos humanos a personas con discapacidades en Nicaragua, Honduras y Panamá lo cual ha servido no sólo para empoderar a las referidas personas, sino también para involucrar a agencias gubernamentales tales como las Defensorías de Derechos Humanos en la protección de las referidas personas. Es importante mencionar que la OPS actualmente forma parte del Comité *Ad Hoc* que está discutiendo y formulando una convención integral internacional sobre la protección de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidades. Este Comité tiene su sede en Naciones Unidas (Nueva York) y está constituido por Estados Miembros de la ONU, agencias especializadas y organizaciones de personas con discapacidades, entre otros.

## **B. La colaboración de la OPS con organismos regionales de derechos humanos**

En febrero 2001, la CIDH invitó a la OPS a una audiencia general con el objetivo de discutir la situación de las personas con discapacidades mentales en el hemisferio como parte de su 110º período ordinario de sesiones. La OPS recomendó a la Comisión

tomar medidas específicas para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de estas personas y sugirió a este organismo colaborar estrechamente con la OPS para promocionar las normas generales y estándares internacionales de derechos humanos que protegen a las personas con discapacidades mentales.

Con posterioridad, durante su 111° período extraordinario de sesiones en Santiago de Chile, la CIDH aprobó en abril de 2001 una recomendación dirigida a los Estados de la OEA con relación a la protección de los derechos humanos de este grupo vulnerable<sup>30</sup>. Este estándar interamericano incorporó los lineamientos técnicos de la OPS y de la OMS en materia de salud mental principalmente para ser implementados por los Estados, la sociedad civil, los usuarios de los servicios de salud mental y sus familiares. Estos lineamientos principalmente se refieren al uso de la normativa internacional de derechos humanos para reformar/formular políticas/legislaciones/planes de salud mental, mejorar las condiciones de vida en las instituciones psiquiátricas, establecer mecanismos nacionales de revisión de los derechos humanos en estas instituciones y crear servicios de salud mental basados en la comunidad, entre otros. Se podría decir que en este estándar regional, la CIDH establece las acciones específicas que son necesarias para que las personas con trastornos mentales puedan disfrutar de su derecho a la salud y especialmente del derecho a vivir en la comunidad tal como fue recomendado por la Declaración de Caracas en 1990.

Como parte de la colaboración entre la OPS y la CIDH, esta última incluye visitas a los hospitales psiquiátricos de la región como parte de sus visitas *in loco*. En junio de 2001, la CIDH visitó el Hospital Psiquiátrico Nacional de Panamá, siendo la primera vez que este organismo visitaba un hospital psiquiátrico, lo cual constituyó un importante precedente en el campo de los derechos humanos y la salud pública. La OPS visitó el hospital junto con la CIDH y proporcionó colaboración técnica a ésta última principalmente con relación a la aplicación e interpretación de la Convención Americana y otros estándares internacionales de salud mental en el contexto de personas detenidas en instituciones de salud pública. Con posterioridad a sus visitas a los Estados Miembros de la OEA, generalmente la CIDH aprueba un informe en el cual se hacen

---

<sup>30</sup> Supra Nota 1.

recomendaciones específicas a los Estados en cuanto a la protección de los derechos humanos.

Además, la CIDH ha solicitado opiniones técnicas a la OPS principalmente para interpretar la Convención Americana y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre a la luz de los estándares internacionales de protección que se aplican en el campo de la salud pública. En 2003, la CIDH solicitó a la OPS una opinión técnica con relación a la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos a aspectos tales como el consentimiento para recibir tratamiento médico y la contención física en instituciones psiquiátricas. Esta opinión ha sido incorporada en informes finales de la CIDH sobre casos individuales en los que las víctimas son personas con trastornos mentales y podría también ser utilizada por la CIDH como parte de los informes especiales que este organismo aprueba con relación a la situación de los derechos humanos en los Estados de la OEA. Opiniones técnicas informales han sido también proporcionadas por la OPS para interpretar las normas de la Convención Americana a la luz de los estándares internacionales seguidos por la OPS en el área de personas afectadas por el virus VIH/SIDA y su derecho a recibir la medicación respectiva.

Sin duda, esta colaboración entre una agencia especializada en salud pública y un organismo regional de derechos humanos como la CIDH es un importantísimo precedente en el derecho internacional de derechos humanos y en la salud pública que está ya teniendo algunos resultados sobre todo con relación a la reforma de los servicios de salud mental y las políticas y legislaciones nacionales sobre todo en áreas tales como las discapacidades físicas, mentales y sensoriales; envejecimiento y el virus VIH/SIDA, entre otras. Como se ha indicado, la CIDH ha empezado a utilizar con éxito el mecanismo de “medidas cautelares” también en el contexto de los hospitales psiquiátricos y personas afectadas por el virus VIH/SIDA, lo cual significa que cuando la vida, la integridad personal u otro derecho de las personas institucionalizadas en hospitales psiquiátricos o portadoras de dicho virus se encuentre en peligro, las prácticas estatales –sobre todo con relación a las condiciones de

detención en los hospitales– podrían ser revisadas por este organismo precisamente para salvaguardar estos derechos básicos<sup>31</sup>.

### **Nuevos enfoques**

Los países de Latino América y del Caribe han empezado a reformar sus sistemas de salud vigentes a la luz de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, lo que significa, de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por dichos países. Particularmente en la Región de las Américas, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador están siendo importantes instrumentos en el área de la salud pública debido a que establecen específicas obligaciones a los Estados, las cuales tienen una aplicación práctica en el contexto de los hospitales, centros de salud, asilos y la reforma de los sistemas nacionales de salud pública. Las violaciones flagrantes y sistemáticas de derechos humanos en el contexto de la salud física y mental han empezado a ser consideradas no solamente como un asunto de salud pública, sino también como actos que conllevan responsabilidad estatal.

Como una consecuencia de utilizar el derecho internacional de derechos humanos para proteger a las personas con enfermedades, discapacidades o más vulnerables a éstas, organismos regionales e internacionales de derechos humanos tales como la CIDH están incluyendo en sus agendas el tema de la salud física y mental y revisando quejas presentadas por los usuarios o sus familiares. Bajo estos sistemas internacionales de derechos humanos, algunos Estados han tenido que reparar los daños ocasionados a las personas arriba mencionadas, principalmente en el contexto de prisiones, instituciones psiquiátricas y personas que viven con el virus VIH/SIDA.

A nivel nacional, algunos Estados están estableciendo nuevos mecanismos de supervisión en el contexto de los servicios de salud

---

<sup>31</sup> Id. Ver también *OAS Human Rights Commission Orders Paraguay To End Horrendous Abuses in National Psychiatric Facility*, Mental Disability Rights International, December 18, 2003. Disponible en: [www.mdri.org/projects/americans/paraguay/pressrelease.htm](http://www.mdri.org/projects/americans/paraguay/pressrelease.htm)



pública a través de instituciones gubernamentales tales como las defensorías de derechos humanos, las cuales en un pasado no incluían visitas a hospitales psiquiátricos o centros de salud como parte de sus funciones.

Otro importante desarrollo, relativamente nuevo en Latino América y el Caribe, es la participación de los usuarios de los servicios de salud pública en talleres de capacitación sobre derechos humanos y en el proceso de toma de decisiones sobre todo relacionado con la formulación de políticas y legislaciones de salud mental. El fortalecimiento de las asociaciones de personas con discapacidades a través del conocimiento y ejercicio de sus derechos básicos y libertades fundamentales es una importante estrategia para luchar contra el estigma y la discriminación que todavía enfrentan las personas con trastornos mentales u otras discapacidades en la Región. Esta estrategia podría ser también efectiva para erradicar el estigma y discriminación que todavía existe hacia las personas que viven con el virus VIH/SIDA o sus familiares.

Con relación a la salud mental, a pesar de que el cuidado y tratamiento en Latino América y el Caribe todavía se prestan en hospitales psiquiátricos aislados geográfica y socialmente, se puede observar un proceso de cambio. Redes multidisciplinarias y comités técnicos establecidos con el apoyo de la OPS, están promocionando y protegiendo el derecho de las personas con discapacidades mentales a vivir en la comunidad. A pesar de que este proceso es incipiente, los gobiernos han empezado a asumir el compromiso de diseñar y establecer sistemas de salud mental comunitarios, en virtud de derechos constitucionales (tales como el derecho a la libertad, a la no discriminación, al debido proceso, a igual protección frente a la ley y el derecho a la salud, entre otros), de la jurisprudencia internacional y de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Las normas generales de derechos humanos y los estándares internacionales que se han discutido en esta presentación se están convirtiendo en un componente esencial de las políticas, planes y legislaciones de salud pública y hay una tendencia, más que en el pasado, a fundamentar los instrumentos de salud pública en normas constitucionales y de derecho internacional de derechos humanos. Esta reforma de las políticas públicas y legislaciones a la luz de la normativa internacional de derechos humanos no sólo permite un

cuidado más integral de la salud de aquellos individuos afectados por trastornos físicos, mentales, epidemias, discapacidades o de aquellos más vulnerables a éstas; sino también que los mismos alcancen su autodeterminación y estatus de ciudadanos. La estrategia de derechos humanos de la OPS podría facilitar una reforma integral de los sistemas de salud pública (leyes, políticas, procedimientos judiciales y servicios de salud pública), tal como está ocurriendo en el campo de la salud mental.

Finalmente, un nuevo enfoque lo constituye la participación de la OPS y de la OMS en el área de promoción y protección de los derechos humanos. Es ciertamente un nuevo enfoque el promover y proteger la salud pública a través de la aplicación de instrumentos de derechos humanos. La OPS puede apoyar y colaborar técnicamente con sus Estados miembros en la reestructuración de los servicios de salud y en la creación de sistemas comunitarios de atención con este nuevo enfoque, es decir, de conformidad y en cumplimiento con las obligaciones nacionales e internacionales de derechos humanos que los referidos Estados han aceptado. Este nuevo enfoque podría desencadenar intervenciones concretas orientadas a prevenir los daños muchas veces irreparables que tienen los trastornos físicos o mentales en la salud de la población mundial y, de igual forma, podría suscitar nuevas acciones encaminadas a lograr que el derecho internacional de derechos humanos sea utilizado para proteger sistemáticamente un mayor número de áreas de la salud pública.



# SALUD

## **Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria**

*Lucía Montiel\**

*“Los derechos humanos... están penetrados por intereses ideológicos y no pueden ser entendidos al margen de su trasfondo cultural. Sin embargo, como ocurre cuando un fenómeno se reconoce jurídicamente, se comienza a negar su carácter ideológico, su estrecha vinculación con intereses concretos, y su carácter cultural; es decir, se le saca del contexto, se universaliza y, por ello, se le sustrae su capacidad y su posibilidad de transformarse y transformar el mundo desde una posición que no sea la hegemónica”<sup>1</sup>.*

### **Introducción**

Existe una creciente inquietud por encontrar medios que permitan hacer justiciables los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Preocupación que responde a necesidades reales, que diversos grupos de población están teniendo frente a una insatisfacción de sus necesidades básicas como la salud, la alimentación, el trabajo, la seguridad social, etc. Una de las principales propuestas de organismos defensores de los derechos humanos, es buscar la implementación de leyes y mecanismos judiciales que, permitan a la población exigir los derechos que no se están cumpliendo. Ante esta situación, la frase del Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antônio Augusto Cançado

---

\* Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional Autónoma de México, estudios de Maestría en Derechos Humanos en la Universidad Iberoamericana Ciudad de México. Responsable del Área de Educación del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana Ciudad de México.

<sup>1</sup> Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en *El vuelo de Anteo*, Ed. Desclée de Brouwer, España, 2000, p. 23.

Trindade, “el derecho siempre detrás de los hechos”<sup>2</sup>, resulta ilustrativa. Sin embargo, es pertinente reflexionar ¿hasta qué punto, los mecanismos judiciales y leyes que vienen detrás de los hechos, pueden corregir o disminuir las fallas de manera efectiva y eficaz, frente a los efectos de una política económica instrumentada en años posteriores, durante los cuales, se realizaron reformas estructurales?

En la presente investigación sugiero que, aunque la implementación de mecanismos de justiciabilidad de los DESC es deseable, no significaría cambios sustantivos en la garantía y protección, de este tipo de derechos, si a la par, no se hace un estudio de los efectos que tiene el actual modelo de desarrollo económico, y del debate actual de las teorías contemporáneas que influyen y determinan, las decisiones políticas y económicas respecto a estos derechos.

En este orden de ideas, analizar los debates teóricos actuales sobre el tema, el modelo de desarrollo económico hegemónico y el monitoreo de sus repercusiones en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, permitirá tener un mejor panorama de los problemas de fondo. Desde mi perspectiva, esto permitirá al derecho, prever los hechos y corregir las fallas desde su inicio. Dejando la actuación de los mecanismos judiciales de protección a los derechos humanos, como una última instancia, a la cual se acudiría no para corregir fallas, sino como un mecanismo de justicia.

Esta investigación más que un estudio exhaustivo, es el ensayo general de un ejercicio que, propone desde el estudio de las diferentes concepciones filosófico-políticas, una forma de evaluar y monitorear las políticas públicas que más favorecen o desfavorecen a los derechos humanos. Tomaré como ejemplo, el Derecho a la Salud, para desarrollar y justificar estas ideas. En el primer capítulo, estableceré las principales características del Derecho a la Salud, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para que sirva como marco conceptual de referencia. En el segundo capítulo, describo de manera condensada las principales corrientes teóricas contemporáneas que han abordado la discusión de

---

<sup>2</sup> Cançado Trindade, Antônio Augusto, *XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, martes, 17 de agosto, San José, Costa Rica, 2004.

la justicia sanitaria<sup>3</sup>, esto con el objetivo de enmarcar un referente teórico que nos permita, en un tercer capítulo, hacer un análisis de las concepciones que fundamentan las decisiones en políticas públicas en materia de salud en México, y su pertinencia para garantizar el Derecho a la Salud. Finalmente, en un cuarto capítulo recuperaré, a manera de conclusión, las principales reflexiones a las cuales llegué durante la investigación.

### **Características del Derecho a la Salud**

¿Podemos considerar a la salud como un derecho social universal? ¿Cuáles son los argumentos político-filosóficos que dan luz al debate contemporáneo internacional? ¿Cuáles son los instrumentos legales básicos para regular la conducta de los países? Pareciera obvio a primera vista argumentar que el Derecho a la Salud debe considerarse como un derecho social universal, pero como veremos más adelante, esta primera impresión es inexacta en la realidad. Existen una gran cantidad de autores, gobiernos e instituciones que conceptualizan el Derecho a la Salud de manera distinta. Las razones que fundan esta presunción obedecen en gran medida al desarrollo socio-histórico de las naciones en un primer nivel, pero también son de carácter ideológico-político en una segunda instancia. En el presente capítulo analizaremos las principales aproximaciones a este debate desde una perspectiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos (en adelante instrumentos internacionales).

Inicialmente, podemos decir que el Derecho a la Salud se va desarrollando a través de las demandas sociales de los ciudadanos, conformando la definición actual de la salud, que es el estado de absoluto bienestar físico, mental y social, institucionalizada internacionalmente en 1946 con la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Más tarde, éste derecho encontrará un mayor desarrollo, dentro del área de los DESC.

Es importante aclarar que, antes del desarrollo del Derecho a la Salud dentro de los organismos internacionales, el concepto se enfocaba en la idea de curar la enfermedad y los gobiernos hacían

---

<sup>3</sup> Término entendido como la aplicación de las concepciones de la justicia distributiva, aplicada al derecho a los cuidados de la salud.

frente a los problemas de salud, desde la beneficencia pública. Ahora, el Derecho a la Salud se considera como un derecho que integra no sólo la idea de curar la enfermedad, sino también de prevenirla, por lo que, el entorno físico y social del hombre adquiere una nueva relevancia dentro de este derecho. Esta nueva concepción de la salud, implica una mayor protección del ser humano, así como un mayor compromiso administrativo y económico por parte de los Estados. Esta definición, caracterizada por su amplitud, pone de manifiesto la necesidad de delimitar el alcance y determinar las implicaciones del Derecho a la Salud. Conocer los elementos que lo integran y sus características, resulta imprescindible para establecer un mecanismo de verificación y control de las obligaciones de los Estados. Para ello, es importante referirse a los instrumentos internacionales. Inicio con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948<sup>4</sup>, que en su artículo 25 establece “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...” Con esta frase, la DUDH resalta el carácter interdependiente e indivisible de los derechos humanos. Es decir, se considera que no se puede lograr el pleno goce del Derecho a la Salud, si se es privado de otros derechos. También propone los seguros en caso de enfermedad, invalidez y/o vejez como una forma de garantizar una vida digna a aquellas personas en las que la disminución o pérdida de su salud, significa una merma significativa en sus medios de subsistencia.

Otro elemento importante, es que el cuidado y protección de la mujer durante el período del embarazo y la maternidad y de la niñez en general, tienen una mención especial en esta Declaración, por ser considerados grupos con mayor vulnerabilidad. Preocupación que se convertirá en una constante dentro de otros documentos internacionales de derechos humanos, por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965<sup>5</sup>, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

---

<sup>4</sup> Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 1948.

<sup>5</sup> ONU, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, de 1965.

de 1979<sup>6</sup>, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989<sup>7</sup>, y el Convenio 169, de la Organización Internacional del Trabajo de 1991<sup>8</sup>, entre otras. En ellas se enfatiza primordialmente el carácter universal y antidiscriminatorio del Derecho a la Salud. De manera general la DUDH no especifica ni delimita las características o alcance del Derecho a la Salud. Sin embargo, el mencionarlo entre sus artículos, establece las bases para que sea desarrollado con mayor detenimiento en otros documentos internacionales y regionales como los veremos a continuación.

El siguiente documento al que haré referencia, es al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>9</sup>. Este documento establece, en su artículo 12, que el Derecho a la Salud debe otorgarse en su más alto nivel posible de disfrute. Además, impone a los Estados en el párrafo II, obligaciones específicas que implican una serie de medidas que se deberán adoptar con el fin de satisfacer las demandas de este derecho, como lo veremos a continuación:

Artículo 12.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
  - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
  - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
  - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

---

<sup>6</sup> ONU, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, de 1979.

<sup>7</sup> ONU, *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 1989.

<sup>8</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169*, de 1991.

<sup>9</sup> ONU, *Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales*, de 1966.



d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En este artículo, podemos destacar que el PIDESC aborda el Derecho a la Salud de forma amplia como lo hace la OMS. Asimismo, el PIDESC recobra la importancia al cuidado de la niñez, como lo hace la DUDH, y establece obligaciones específicas para los Estados, las cuales servirán de guía para que éstos enfoquen sus políticas de salud. No obstante, en este artículo no se logra establecer de manera precisa la trascendencia que tendrá el Derecho a la Salud y sus características generales. Es hasta la interpretación que realiza el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) en su Observación General No. 14, del 2000<sup>10</sup> que el alcance, implicaciones y características del Derecho a la Salud se clarifican, pasando a ser una de las principales guías para la consecución de este derecho.

Es necesario aclarar que hasta ahora, el término más comúnmente utilizado en los documentos internacionales de derechos humanos es “derecho a la salud”. Sin embargo, este término ha sido mal interpretado o se presta a confusiones, por ser identificado con la idea de “ser saludable”. Idea que sería imposible garantizar como derecho. Erradicar la enfermedad por completo va más allá de las facultades y capacidades del Estado. De esta manera, en la Observación General No. 14 se aclara que el término “Derecho a la Salud” no debe entenderse como un “derecho a ser saludable” sino como “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”<sup>11</sup>. De esta manera, hablar de “Derecho a la Salud” es sólo una forma de sintetizar, para usos prácticos, toda la gama de libertades y derechos que implica la protección de la salud como un derecho fundamental del ser humano.

Una vez aclarado el término, debemos estar concientes que el simple hecho de llevar a la salud al ámbito de los derechos humanos, tiene implicaciones para la comunidad internacional, en general, y para los Estados en particular. Lo anterior en razón de que, casi

---

<sup>10</sup> ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El Derecho al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud*, Observación general N° 14 (2000), E/C.12/2000/4.

<sup>11</sup> ONU, *El Derecho al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud*, párrafo 8.

cualquier elemento perteneciente al ámbito en que se desenvuelve el ser humano, puede tener consecuencias para su salud. El Derecho a la Salud, cuenta con un gran número de elementos que deben ser tomados en cuenta para su completa satisfacción. Sin embargo, en ocasiones, la delimitación de estos elementos, resulta poco clara, ocasionando una constante confusión en la determinación del alcance e implicaciones de este derecho. De esta manera, el Derecho a la Salud es constantemente transgredido por los estados de forma deliberada, omisión o incluso, sin percibir de manera cabal, dicha falta. Además, no tienen una referencia clara, que los guíe para reclamar este derecho, ya que al no haber claridad, implica también que será complicada su codificación en las leyes. Así, lograr un esquema claro del alcance e implicaciones de este derecho resulta indispensable. De esta manera, tomando como referencia la Observación General No. 14, propongo los siguientes elementos como un esquema para clarificar cada uno de los componentes que integran el derecho a la salud, con el fin de determinar su alcance e implicaciones para los estados.

El párrafo 4 de la Observación General No. 14 establece que, el Derecho a la Salud no debe limitarse a la atención médica, debido a que este derecho “abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana”. A estos factores, la Observación General les llama determinantes básicos de la salud y se refiere a la alimentación, nutrición, vivienda, acceso a agua limpia, etc. Más adelante, en el párrafo 10 del mismo documento, se hace referencia a que, dado que la situación mundial de la salud se ha modificado de manera espectacular, el concepto de la salud ha experimentado cambios importantes en cuanto a su contenido y alcance. Por ello, la lista de determinantes básicos de la salud se ha incrementado, tomando en cuenta dentro de esta categoría, la distribución de los recursos y las diferencias basadas en la perspectiva de género; así como también, algunas inquietudes de carácter social, como las relacionadas con la violencia o el conflicto armado. Desglosando y aclarando, algunos elementos de estos párrafos, el Derecho a la Salud se podría dividir para tener más claridad en dos grandes ámbitos:

1. **Determinantes básicos para la salud.** Esto incluye políticas públicas de prevención, de difusión y promoción, de saneamiento

público, de cuidado del medio ambiente y de salubridad, para enfrentar y prevenir enfermedades epidémicas, endémicas y de otra índole.

2. **El cuidado de la salud.** Esto incluye los servicios de salud que se prestan (materiales y humanos), las políticas públicas que se adoptan para afrontar la enfermedad y sus efectos sobre los individuos.

A su vez, estos dos grandes grupos se pueden dividir en varios subgrupos. En el caso de los “Determinantes básicos para la salud” propongo seis subgrupos que son:

- a) Condiciones sanitarias del entorno: Esto es, agua potable, drenaje, alcantarillado, pavimentación, etc.
- b) Condiciones biológicas: Epidemias, principales causas de muerte, expectativa de vida, enfermedades nuevas, etc.
- c) Condiciones socioeconómicas: nutrición, vivienda, condiciones laborales sanas, drogadicción, alcoholismo, enfermedades relacionadas con la pobreza, etc.
- d) Condiciones ecológicas: Emisión de contaminantes, contaminación del agua, cuidado de los recursos naturales, etc.
- e) Acceso a la educación y a la información, sobre cuestiones relacionadas con la salud.
- f) Condiciones de violencia y conflictos armados

Por otro lado, el segundo grupo “Cuidado de la salud” puede ser dividido en dos grandes subgrupos:

- a) Sistemas de salud: Elementos materiales y humanos necesarios para la atención de la salud (hospitales, clínicas, medicamentos, profesionales de la salud, seguros en caso de enfermedad, invalidez y/o vejez etc.)
- b) Políticas públicas encaminadas al cuidado de la salud: Programas mixtos, públicos, privados, porcentaje de recursos económicos del estado, destinados a la salud, etc.

Como se puede observar, la meta establecida por el PIDESC, “alcanzar el grado máximo de salud”, no es una tarea sencilla. Los Estados deben tomar en cuenta todo este gran número de factores de

manera conjunta y articulada, para poder garantizar el derecho. Además, es importante considerar que en su gran mayoría, cada uno de estos factores requiere en mayor o menor medida, de la inversión de recursos económicos por parte del Estado. Lo cual, será un factor de discusión constante en las diferentes corrientes ideológicas de la justicia sanitaria, en las que, las principales discusiones se desarrollan en el ámbito financiero y son fundamentadas en principios éticos que buscan ser la justificación de sus argumentaciones. Cabe señalar que aunque las discusiones teóricas a las que nos referiremos en el siguiente capítulo, se centran en la distribución de los cuidados de la salud, el análisis es pertinente para todos los ámbitos que incluye el derecho a la salud (descritos con anterioridad), ya que es un tema que determina a qué tenemos derecho, en qué momento, quién lo merece y quién no, es decir, fija la forma de distribuir los bienes y servicios de salud<sup>12</sup>. Lo cual, tiene una repercusión directa con la posibilidad de tener una vida digna y un desarrollo individual y social.

### **Debate teórico contemporáneo sobre la justicia sanitaria**

¿Se puede hacer exigible el derecho a la salud, en una sociedad que basa sus decisiones políticas y económicas en teorías que niegan este derecho? ¿Podemos aspirar a un modelo de salud universal, cuando las estructuras responden a principios teóricos que niegan la universalidad del derecho? El presente apartado, desarrolla una explicación de las bases teórico-filosóficas que fundamentan las diversas aproximaciones del Derecho a la Salud. El objetivo es reconocer los argumentos clave en el debate contemporáneo sobre este derecho fundamental y reubicarlos en posiciones sólidas que se diferencian claramente unas de otras. La importancia de este reconocimiento, es establecer las conexiones entre los argumentos teóricos en sí mismos, con las acciones específicas que adoptan los gobiernos como parte de sus políticas públicas.

El debate contemporáneo sobre la justicia sanitaria toma la referencia de la justicia distributiva. Encontrando los principales

---

<sup>12</sup> Norman, Daniels, *Just Health Care*, Cambridge University Press, E.U.A., 1985, p. ix.

debates en el área de la bioética. Los principales autores especialistas en el tema, retoman posturas teóricas de la filosofía política para argumentar su postura, alineándose a corrientes ideológicas disímiles entre sí. Las tendencias teóricas más aceptadas sobre la organización y distribución de los servicios de salud son cuatro: las concepciones libertarianas, las utilitaristas, las igualitaristas y las comunitaristas<sup>13</sup>.

Estas diferentes corrientes teóricas argumentan principalmente, en torno a tres temas principales en torno a los cuidados de la salud:

- a. La validez que tiene considerar a la salud como un derecho humano.
- b. La conveniencia de un acceso universal e igualitario a los bienes y servicios de salud.
- c. ¿Qué instancia debe ser responsable de distribuir y proporcionar los bienes y servicios de salud (el Estado o el mercado)?

En este apartado, realizaremos una descripción condensada de las diferentes posturas y argumentaciones que asumen las cuatro principales tendencias teóricas, respecto a estos tres temas principales.

### **1. Teorías libertarianas**

Las teorías basadas en una noción liberal de justicia sanitaria son encabezadas en el debate contemporáneo por autores como H. Tristram Engelhardt y Richard Epstein entre otros, quienes fundamentan sus teorías en la tradición filosófica de John Locke y en la época contemporánea, en el pensamiento de Nozick, Friedman y Hayek.

Sus principales argumentaciones, respecto a los elementos centrales de discusión, propuestos con anterioridad, son los siguientes:

---

<sup>13</sup> Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principios de Ética Biomédica*, Ed. Masson, España 1999, p. 319.

**a) La validez que tiene el considerar a la salud como un derecho humano**

Esta corriente teórica niega la existencia de un derecho humano fundamental a los cuidados de la salud<sup>14</sup>, principalmente por tres razones: la primera se refiere a que la salud como derecho, es un concepto que por su amplitud, no puede tener un significado legal, reiterando que no es posible garantizar en la ley cada uno de los ámbitos que integra este concepto, no sólo por cuestiones legales, sino también por razones de costo y efectividad<sup>15</sup>.

La segunda responde a que, en el entendido que todos los derechos confieren obligaciones para la entidad responsable de garantizarlos, mantener o conservar la salud no puede ser considerado un derecho fundamental, porque la enfermedad no puede controlarse, es algo natural. No se puede hacer responsable a alguien, de algo que nadie puede ser señalado como culpable<sup>16</sup>. Engelhardt ejemplifica esta idea con la argumentación de lo que el llama “la lotería natural” término que utiliza para identificar los cambios en la fortuna que resultan de fuerzas naturales y no directamente de la acción de las personas. La lotería natural determina la distribución de los bienes naturales y sociales y nadie, más que la lotería natural, es responsable del daño<sup>17</sup>.

La tercera responde a que, desde la perspectiva libertaria, considerar a la salud como derecho significaría una injusticia, porque conllevaría al sacrificio de ciertos derechos fundamentales<sup>18</sup>, a saber, el derecho a la libre elección y a la propiedad. Considerar a la salud como un derecho sería moralmente injustificable, porque significaría tener que imponer un sistema sanitario que no tendría posibilidades para considerar la diversidad de visiones morales

---

<sup>14</sup> Engelhardt H., Tristram Jr., Rights to Health Care, Social Justice, and Fairness in Health Care Allocations: Frustrations in the Face of Finitude, en *Contemporary Issues in Bioethics*, 6th ed. E.U.A., 2003, p. 380.

<sup>15</sup> Lawrence O. Gostin, Securing Health or Just Health Care? The Effect of the Health Care System on the Health of America, en *Contemporary Issues in Bioethics*, p. 393.

<sup>16</sup> Engelhardt, Tristram H., *Los Fundamentos de la Bioética*, Ed. Paidós Básica, Barcelona, 1995. p. 407.

<sup>17</sup> Engelhardt, Tristram H., *Los Fundamentos de la Bioética*, p. 408.

<sup>18</sup> Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., “Ethical Theory and Bioethics” en *Contemporary Issues in Bioethics*, p. 22.

existentes y respetar la libertad de todos y a la vez, conseguir lo que más convenga a cada uno, a largo plazo. Exigir este derecho, “sin invocar el principio de permiso, significa pretender que se puede obligar a otros a trabajar o que está permitido confiscar su propiedad”<sup>19</sup>.

**b) La conveniencia de un acceso universal e igualitario a los bienes y servicios de salud**

Desde la perspectiva libertaria garantizar un acceso igualitario y universal de los bienes y servicios de salud, no es posible en la práctica. Sus principales argumentaciones anteponen elementos financieros, de calidad y de autonomía. Consideran que la combinación entre cobertura universal e igualitaria, de calidad, que permita la contención de costos y respete la libertad de elección, es imposible. De esta manera, intentar implementar un modelo así, como otras corrientes teóricas que la justicia sanitaria propone, atendería contra la propiedad privada, ya que el gobierno se vería en la necesidad de imponer cargas impositivas para cubrir los costos de los que menos tienen, lo cual a la larga, resultaría insuficiente. También iría en contra del derecho a la libertad de elección, ya que personas que han logrado un ingreso económico mayor, podrían optar por mejores cuidados de su salud que los que se han impuesto de manera igualitaria. Además, cada individuo es diferente, al igual que sus necesidades. Estas últimas, responden a diferentes factores y circunstancias tales como la condición económica y social en la que se desenvuelvan, la edad y los gustos. Finalmente, desde un enfoque meramente financiero, un acceso universal e igualitario no sería posible por la escasez de recursos económicos, tomando además en cuenta que el aumento de los costos económicos en salud, siguen elevándose a causa del crecimiento demográfico y el desarrollo científico y tecnológico<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Tristram H., Engelhardt, *Los fundamentos de la bioética*, p. 402.

<sup>20</sup> Engelhardt H., Tristram Jr. “Rights to Health Care, Social Justice, and Fairness in Health Care Allocations: Frustrations in the Face of Finitude”, p. 381.

**c) ¿Qué instancia debe ser responsable de distribuir y proporcionar los bienes y servicios de salud (el Estado o el mercado)?**

La corriente teórica libertaria tiene una concepción del estado mínimo que asigna un papel principal al mercado<sup>21</sup>. Consideran que la competencia puede ser una forma efectiva para bajar los precios e incrementar la calidad de los bienes y servicios de salud. Lo cual, según esta concepción, no ha logrado el Estado. Así, para ser coherentes con el principio del estado mínimo, se considera que el Estado debe participar en los cuidados de la salud, mediante la beneficencia y la protección policial, para impedir que terceros dañen la salud. De esta manera, “los liberales apoyan un sistema en el cual, el seguro de asistencia sanitaria es comprado privada y voluntariamente. En este sistema, el Estado no se apodera coactivamente de ninguna propiedad personal para beneficiar a otro”<sup>22</sup>.

Además, la población podrá elegir la atención sanitaria que requiera, de acuerdo a sus circunstancias, y las personas más necesitadas siempre tendrán el apoyo voluntario mediante los sistemas de caridad.

## **2. Teorías utilitaristas**

Las teorías basadas en una noción utilitaria, consideran que el ideal de la justicia sanitaria sería aquella en la que se ha considerado el principio de utilidad máxima. Es decir, bajo esta perspectiva, una acción o práctica correcta y justa, será aquella que dé como resultado, el mayor beneficio posible de utilidad. Esta teoría ha sido desarrollada principalmente por John Stuart Mill y Jeremy Bentham. En la discusión contemporánea de la justicia sanitaria, no se menciona específicamente a un autor contemporáneo que esté trabajando en la interpretación de la justicia sanitaria, desde esta perspectiva. Sin embargo, Beauchamp y Childress, nos proporcionan los elementos necesarios para sintetizar su concepción, desde los tres elementos que me propuse analizar en cada corriente teórica.

---

<sup>21</sup> Este Principio ha sido desarrollado desde John Locke, lo ha sostenido Nozick y lo defienden los economistas Friedman y Hayek.

<sup>22</sup> Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., Principios de ética biomédica, p. 321.



Las principales argumentaciones respecto a los elementos centrales de discusión de la justicia sanitaria, se podrían interpretar de la siguiente manera:

**a) La validez que tiene el considerar a la salud como un derecho humano**

De principio, se podría decir que la corriente utilitarista puede considerar a la salud como un derecho, siempre y cuando éste responda al principio de utilidad máxima, es decir, si el derecho valorado a la luz del máximo de utilidad social, resulta positivo y estará a favor del derecho, si resulta negativo, será negado. De allí que se considere que el Derecho a la Salud, en esta concepción teórica, sea considerado como contingente<sup>23</sup>.

**b) La conveniencia de un acceso universal e igualitario a los bienes y servicios de salud**

Generalmente una cobertura universal e igualitaria de los servicios de salud, responderían de manera positiva al principio de utilidad máxima, aunque esto implicará en algún momento, pagar impuestos o hacer un servicio de prepaga, siempre y cuando esto, en el largo plazo, contribuya a la realización del principio de utilidad. De esta manera, se interpreta que “muchos utilitaristas favorecen los programas sociales que protegen la salud pública y distribuyen la asistencia sanitaria igualmente a todos los ciudadanos”<sup>24</sup>.

**c) ¿Qué instancia debe ser responsable de distribuir y proporcionar los bienes y servicios de salud (el Estado o el mercado)?**

Para los utilitaristas tomar una postura previa acerca de quién, a quiénes, o de qué forma deben distribuir los bienes y servicios de salud, es un tanto ociosa, ya que esto es contingente y dependerá de las circunstancias y el contexto que exista. La decisión que se tome, deberá considerar que elección proporciona el mayor beneficio de utilidad.

---

<sup>23</sup> Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., Principios de ética biomédica, p. 320.

<sup>24</sup> *Ídem*.

### 3. Teorías igualitaristas

Las teorías basadas en una noción igualitaria de justicia sanitaria son encabezadas en el debate contemporáneo por autores como Norman Daniels y en una postura menos rigurosa por Allen E. Buchanan entre otros, quienes fundamentan sus teorías en la tradición filosófica de Kant y en la época contemporánea, en el pensamiento de John Rawls, principalmente. Esta corriente teórica de justicia sanitaria, se caracteriza por destacar la justicia como equidad.

Las principales argumentaciones, respecto a los elementos centrales de discusión de la justicia sanitaria, se podrían interpretar de la siguiente manera:

#### a) **La validez que tiene el considerar a la salud como un derecho humano**

Los igualitaristas aceptan a la salud como un derecho fundamental. Los cimientos de este derecho, se encuentran en la idea del funcionamiento normal típico de la especie, definido por el modelo biomédico de medicina, el cual considera la enfermedad como una desviación de la organización funcional natural de un individuo<sup>25</sup>. De esta manera, una persona enferma no podrá participar del principio de justa igualdad de oportunidades, el cual es el modelo ideal de justicia distributiva para esta corriente teórica. Es indispensable que exista “un reconocimiento de la obligación social positiva de eliminar o reducir las barreras que impidan la igualdad justa de oportunidades”<sup>26</sup>.

#### b) **La conveniencia de un acceso universal e igualitario a los bienes y servicios de salud**

Como su nombre lo indica, la característica principal de esta corriente teórica es la igualdad, por lo que se considera que cada miembro de la sociedad, debe tener igual acceso a un nivel de asistencia adecuado, dependiendo de los recursos sociales disponibles y los procesos públicos de toma de decisiones<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Norman Daniels, citado por Román Vega, en *Justicia Sanitaria como Igualdad: ¿Universalismo o pluralismo?*, Universidad Nacional de Colombia, bajado de Internet [http://www.observare.com/edicion002/edicion\\_1.htm#](http://www.observare.com/edicion002/edicion_1.htm#).

<sup>26</sup> Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principios de ética biomédica*, p. 325.

<sup>27</sup> *Ídem*.

Por otro lado, Allen E. Buchanan propone el derecho a un mínimo decente de cuidados de la salud (*decent minimum of health care*)<sup>28</sup>, la cual cabe señalar, ha tenido mucha aceptación, ya que para algunos autores, esta propuesta parece mediar entre las concepciones libertarianas y las igualitarias.

**c) ¿Qué instancia debe ser responsable de distribuir y proporcionar los bienes y servicios de salud (el Estado o el mercado)?**

Desde una lectura de la postura de Norman Daniels, no se ve una preferencia marcada por designar la responsabilidad del Derecho a la Salud al mercado, o al Estado. Aunque considera, que sí el mercado se hace cargo de la responsabilidad, éste debe tratar a la salud de manera especial, ya que este derecho tiene necesidades diferentes a otros bienes sociales<sup>29</sup>.

#### **4. Teorías comunitarias**

Desde una interpretación de los principios comunitaristas, el ideal de la justicia sanitaria para esta corriente ideológica sería aquella fundada en valores comunitarios o bien, que tengan un efecto positivo para la comunidad. Los teóricos contemporáneos de esta corriente rechazan categóricamente los principios básicos del liberalismo, pues lo consideran una práctica que “ha creado individuos excesivamente egoístas, separados entre sí, sin vínculos, carentes de solidaridad, de ideales comunes, etc.”<sup>30</sup>. Entre los principales autores contemporáneos que retoman temas de la justicia distributiva, vinculados con la salud, podemos mencionar a Michael Walzer y Daniel Callahan.

Las principales argumentaciones, respecto a los elementos centrales de discusión de la justicia sanitaria, se podrían interpretar de la siguiente manera:

---

<sup>28</sup> Allen E. Buchanan, “The Right to a Decent Minimum of Health Care”, en *Contemporary Issues in Bioethics*, p. 374-379.

<sup>29</sup> Norman Daniels, *Just Health Care*, 19-20.

<sup>30</sup> Eduardo Rivera López, *Ensayos sobre Liberalismo y Comunitarismo*, Ed. Fontamara, México 1999, p. 137.

**a) La validez que tiene el considerar a la salud como un derecho humano**

Desde una primera perspectiva, los comunitaristas no comulgan con la idea de los derechos individuales, consideran que el bien común debería estar basado en el consenso social y no estos derechos. Además, consideran que los derechos obstaculizan la organización comunitaria y disminuyen la unión social<sup>31</sup>. Sin embargo, por otro lado, hablan de lo que ellos llaman “bienes sociales” los cuales, desde su perspectiva, serían los objetos de preocupación de la justicia, porque son bienes que la mayoría de la comunidad concibe como tales, de manera unánime, por lo cual pueden ser diferentes, dependiendo de la comunidad a la que se haga referencia<sup>32</sup>. De esta manera, la salud generalmente estará incluida entre los bienes sociales.

**b) La conveniencia de un acceso universal e igualitario a los bienes y servicios de salud**

Los comunitaristas ven conveniente la distribución universal de los cuidados de salud, es decir, si la salud es un bien social, debe llegar a toda la comunidad. Sin embargo, la idea de igualdad no es bien recibida, ya que consideran que “diferentes bienes sociales deben ser distribuidos por diferentes razones, de acuerdo con diferentes procedimientos, por agentes diferentes”<sup>33</sup>. De hecho, se ha llegado a considerar que “la atención [distribución de los bienes y servicios de salud] debería ser proporcional a la enfermedad y no a la riqueza”<sup>34</sup>.

**c) ¿Qué instancia debe ser responsable de distribuir y proporcionar los bienes y servicios de salud (el Estado o el mercado)?**

De principio, los comunitaristas rechazan una sociedad de mercado por considerarla egoísta, que sólo le ocupa y preocupa

---

<sup>31</sup> Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principios de ética biomédica*, p. 77 y 79.

<sup>32</sup> Ubiratan B. de Macedo, “Liberalismo versus Comunitarismo en la Cuestión de la Universalidad Ética”, bajado de Internet <http://www.bu.edu/wcp/aérs/TEth/TEthMace.htm>, 12 enero 2005.

<sup>33</sup> *Ídem*.

<sup>34</sup> Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principios de ética biomédica*, p. 323.

razones económicas. Además, consideran que “el dinero y el mercado siempre fueron limitados a bienes económicos y es amplia la lista de las cosas que el dinero no compra y el mercado no provee”<sup>35</sup>. De esta manera, proponen una sociedad basada en el equilibrio entre el Estado, la comunidad y el mercado.

Con este último inciso, concluimos la síntesis de las corrientes teóricas de la justicia sanitaria, a lo cual, para concluir, sería pertinente agregar que de alguna manera estas cuatro teorías de manera pura, combinada o con matices, han estado formando parte de las decisiones que los diferentes Estados han aplicado a las políticas públicas de salud, observando mayores rasgos hegemónicos de las teorías libertarianas.

### **Derecho a la salud en México**

Garantizar el Derecho a la Salud en México es un gran reto por resolver. Si bien, la salud de la población depende de muchos factores (económicos, políticos, sociales, científicos, tecnológicos y culturales) que requieren de coordinación, inversión económica, leyes, acciones y políticas para perfilar la salud de la población de manera estable, progresiva y duradera. También requiere de decisión política, es decir, que los encargados de decidir las políticas nacionales, estén convencidos que la salud de la población, es un factor indispensable para el desarrollo de la nación y que, lejos de ser un gasto público es una inversión.

Un primer elemento que sirve como parámetro inicial para percibir la situación del Derecho a la Salud y que, en cierto sentido, refleja el nivel de prioridad que ocupa el tema en la agenda política mexicana, es el porcentaje del PIB que se destina a este rubro. En México, sólo se invierte el 2.8%, lo cual es menor que el que destinan diversos países latinoamericanos de desarrollo económico semejante o menor que México (Costa Rica 4.9%, Argentina 5.1% Cuba 6.2%, Panamá 4.8%, Brasil 3.2%). Este pequeño porcentaje, es insuficiente para cubrir y enfrentar las diversas necesidades de salud de la población. Además, los habitantes de México no se encuentran en condiciones económicas para resolver sus propios problemas de

---

<sup>35</sup> *Ídem.*

salud, ya que si tomamos en cuenta que cerca del 65% de la población percibe entre 2 y 4 salarios mínimos (en promedio \$3,128 al mes)<sup>36</sup>, nos es evidente que la mayoría de la población tiene grandes rezagos en sus necesidades básicas, lo cual afecta de manera directa a la condición de su salud.

Por otro lado, otro factor que dificulta la implementación de soluciones a los problemas de salud, es la fuerte desigualdad económica que existe en nuestro país, factor que tiene una fuerte relación con los tipos de enfermedades que cada grupo social de la población enfrenta. En las zonas más pobres y marginadas se afrontan enfermedades del rezago, ocasionadas principalmente por la escasez de los determinantes básicos y el acceso a los bienes y servicios de salud. Además, en las regiones del sur, nos encontramos con altos porcentajes de desnutrición (sufren de anemia en los estados del Sur el 22% de mujeres entre 12 y 49 años y el 27.6 de niños entre 6 y 59 meses)<sup>37</sup>, muertes por enfermedades curables y relacionadas con la reproducción. Mientras que en las zonas urbanas, las enfermedades están relacionadas principalmente con malos hábitos alimenticios, la vida sedentaria y los altos niveles de presión nerviosa. Así, en la población del norte y centro del país, podemos encontrar graves problemas de obesidad y sobrepeso (24 millones de personas en el país padecen obesidad, cifra que coloca a la nación en el tercer lugar a nivel mundial)<sup>38</sup>, principales factores para desarrollar enfermedades que integran las principales causas de muerte en el país (diabetes mellitus, enfermedades isquémicas del corazón, cerebro-vasculares). De esta manera, las políticas de salud deben trabajar de manera integral para atacar diversos y graves problemas a la vez, a los cuales hay que sumar el surgimiento de nuevas enfermedades infecciosas como el VIH/SIDA y seguir controlando las que ya se habían erradicado y que han resurgido (viruela, sarampión y hepatitis).

---

<sup>36</sup> Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), *Distribución porcentual de los hogares por sexo del jefe y rangos de salarios mínimos equivalentes, 1992-2002 e Ingreso promedio mensual del hogar por sexo del jefe y rangos de salarios mínimos equivalentes, 1992-2002*.

<sup>37</sup> Instituto Nacional de Salud Pública (INSP), Atlas de la Salud 2003, <http://sigsalud.insp.mx/naais/error.asp?linkurl=ATLAS&accessdenied=%2Fnaais%2FAtlasok%2Easp>.

<sup>38</sup> "México, tercer lugar en obesidad", *El Economista*, sábado 25 de septiembre de 2004.

Otros retos importantes que se desprenden, en gran medida, de las presiones sociales a las que se enfrenta la población mexicana son las adicciones, el maltrato, los accidentes, las muertes violentas, los suicidios y los problemas de salud mental. Estos problemas si bien, no son nuevos, están cobrando mayor relevancia por los años de vida saludable que restan a los afectados, los altos gastos de rehabilitación que ocasionan y el grado de afectación que traen a la sociedad en general.

La contaminación del medio ambiente, es otro tema que no debe ser descartado como un gran desafío en materia de salud. La contaminación atmosférica está afectando de manera directa la salud de los habitantes de las zonas urbanas, principalmente en lo que se refiere a los altos niveles de plomo en la sangre, el cáncer pulmonar, los padecimientos cardíacos y las enfermedades respiratorias agudas. La contaminación del agua sigue siendo en zonas rurales un fuerte riesgo para contraer enfermedades gastrointestinales. La exposición al ruido constante a la que están expuestos los habitantes de las grandes urbes, a la larga puede generar mayores niveles de estrés y la pérdida de la agudeza auditiva.

En relación al acceso a los bienes y servicios de salud, el gobierno mexicano ha propuesto la implementación del ya famoso “Seguro Popular de Salud”<sup>39</sup>, que según datos de la Secretaría, en el 2003 el número de familias afiliadas ascendió a 614 mil familias, residentes en 24 entidades federativas. Cifra que representa una cobertura total de más de 12 mil localidades en 494 municipios del país. Además, asegura que la mayoría de las localidades afiliadas a este seguro (más de 90%) son rurales, y seis de cada diez presentan niveles altos o muy altos de marginación<sup>40</sup>.

Por su parte, el Presidente Vicente Fox durante su IV Informe de Gobierno establecía que “al 25 de agosto del 2004, el Seguro Popular afilió a un millón de familias. Al término del 2004, se tiene estimado

---

<sup>39</sup> El Seguro Popular de Salud, es un programa de la Secretaría de Salud que tiene como propósito, brindar protección financiera a la población no derechohabiente mediante un seguro de salud, público y voluntario, orientado a reducir los gastos médicos de bolsillo y fomentar la atención oportuna a la salud. Secretaría de Salud, *Seguro Popular*, <http://www.salud.gob.mx/>.

<sup>40</sup> Secretaría de Salud, *Salud: México 2003*, p. 102.

afiliar 1.5 millones de familias en 29 de las 32 entidades federativas, abarcando poco más de la cuarta parte de los municipios del país”<sup>41</sup>. Ante estas cifras, cabe hacerse la pregunta ¿cómo se va a atender a estas nuevas familias afiliadas al Seguro Popular en áreas de altos niveles de marginación, cuando es precisamente en estos lugares, donde la infraestructura, bienes y servicios de salud, son escasos y cuando existen, se encuentran en condiciones precarias? La misma Secretaría de Salud reconoce que “... tanto la disponibilidad como la aceptabilidad de las instalaciones en las áreas más remotas sigue siendo un reto tanto para las autoridades de salud como para las de desarrollo social y educativo”<sup>42</sup>. Los Diputados Federales, también han indicado que la incorporación de personas al Seguro Popular representa una carga de trabajo extraordinaria, por lo que se requerirá de recursos adicionales en el gasto en salud<sup>43</sup>.

Ante este panorama, es importante resaltar que hablar de una cobertura universal significa no sólo que exista una afiliación de la población a un seguro médico, sino que cada uno de los nuevos afiliados tenga acceso efectivo a los bienes y servicios de salud. Debiendo ser éstos suficientes y de calidad (médicos y enfermeras capacitadas, medicamentos, instrumental y equipo científicamente aprobado).

En relación a la calidad en la infraestructura y equipamiento en salud, existen unidades médicas, en las que instrumentos, inmobiliario, insumos y equipo, son insuficientes, presentan problemas de mantenimiento, obsolescencia y/o mala imagen. Esta situación propicia fallas graves en los estándares de calidad, lo cual repercute en un mal servicio proporcionado a los pacientes, como un problema para los servidores de la salud, quienes no podrán cumplir con sus funciones de manera óptima, si el lugar y material con el que desempeñan su trabajo no existe o no se encuentra en condiciones óptimas.

---

<sup>41</sup> Cuarto Informe de Gobierno del C. Presidente Vicente Fox Quesada, <http://cuarto.informe.presidencia.gob.mx>

<sup>42</sup> Secretaría de Salud, *Salud: México 2003*, p. 64.

<sup>43</sup> “Pugnan diputados por ampliar el presupuesto para salud: Sindicato”, *Notimex*, jueves 7 de octubre de 2004.



A todos estos factores que afectan la salud, debemos sumar los problemas financieros que enfrenta el sistema de salud mexicano, los cuales obstaculizan el acceso universal a los bienes y servicios de salud y el progreso de la calidad.

## Conclusiones

Ante este panorama de la situación de la salud en México podemos destacar, a la luz de las diferentes teorías que se examinaron en el capítulo dos, y bajo los mismos criterios de discusión que se propusieron, que en el caso de la **validez que tiene, el considerar a la salud como un derecho humano**, se puede decir que aunque el Estado Mexicano contempla en su constitución a la salud como un derecho social, en la práctica, este derecho no se ve reflejado ni en la existencia de mecanismos para hacerlos exigibles, ni en una situación social que permita avalar que el Derecho a la Salud es una realidad. Por lo que consideramos que, en la teoría, el Estado mexicano parte de una concepción igualitaria, aunque en la práctica, podría ser una concepción libertaria.

Posteriormente, en relación a la **conveniencia de un acceso universal e igualitario a los bienes y servicios de salud** se puede observar en la realidad mexicana que los encargados de la salud en México en el discurso, hablan de una cobertura universal, pero en la práctica, se convierte en una concepción libertaria en la que prevalece la idea de escasez de recursos y libertad de elección.

La universalidad a la que el Estado Mexicano se refiere es aquella que se puede alcanzar mediante un programa de acción de la política pública en salud, llamado “seguro popular”. Este programa abre una opción para que todo el que quiera pueda adquirir un seguro de salud mediante el prepago, para acceder a un “mínimo decente de servicios de salud”. De esta manera, para el gobierno mexicano la universalidad significa que todos tengan la opción de adquirir un seguro y no la garantía de tenerlo, ya que esto dependerá de la capacidad económica de la población.

En relación a la igualdad, desde los inicios del Sistema Nacional de Salud, la distribución de los bienes y servicios de salud ha sido desigual. Aunque considero que, con la opción del seguro popular y los seguros privados, esta desigualdad puede incrementarse de

manera drástica, ya que los que tengan la posibilidad económica de tener una atención privada, para incrementar la probabilidad de mejorar la calidad de los servicios, lo harán y quienes no (la mayoría de la población), tendrán que continuar con la calidad que los servicios estatales les puedan proporcionar.

Con estos dos aspectos, podemos observar que el Estado Mexicano parte de una concepción libertaria, en la que favorece la libertad de elección, por encima de la igualdad. Aunque desde nuestra perspectiva, esta igualdad de elección se ve fuertemente condicionada por la capacidad económica que cada miembro de la población tenga. Por ejemplo: cuántas elecciones puede tener el 65% de la población que percibe entre 2 y 4 salarios mínimos (aproximadamente 285 dólares al mes), cuando Alberto Medina Chanona, Presidente de la Asociación de Sociedades Médicas de Hospitales Privados ha destacado que, los servicios privados de salud, durante los últimos cinco años se han encarecido más del 50%, los “tratamientos hasta cinco veces en diez años” y “las medicinas de patente se cobran a los pacientes tres o cuatro veces más caro”<sup>44</sup>.

Finalmente, respecto a **qué instancia debe ser responsable de distribuir y proporcionar los bienes y servicios de salud (el estado o el mercado)**, en México inicialmente, el Estado se hacía cargo de distribuir los bienes de salud, mediante el Sistema Nacional, el cual funcionaba por estratos, dividiendo la atención para los trabajadores y la población abierta. Sin embargo, ante las teorías de escasez de recursos financieros para solventar la distribución de la salud y la baja calidad de los servicios estatales, el Estado mexicano ha estado realizando reformas estructurales que favorezcan una distribución de la salud mediante el sistema de mercado.

Con este análisis, puedo considerar decir que, de manera general, la concepción que prevalece en las políticas públicas de México respecto al Derecho a la Salud, son libertarias. La siguiente pregunta que queda como reflexión y que ya muchos conocen la respuesta es: ¿qué tanto estas políticas públicas, basadas en concepciones libertarias, responden a las características y exigencias establecidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

---

<sup>44</sup> María Osterroth, “Capitalizan privados deficiencias en IMSS”, *Reforma*, 1º de septiembre de 2004.



# SALUD

## Investigación biomédica: la responsabilidad moral de los agentes no estatales en el cumplimiento del derecho a la salud

*Julieta Arosteguy\**

### Introducción

En el presente artículo, me propongo considerar la responsabilidad moral que les corresponde a los agentes no estatales en el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC), dentro de un contexto particular: el de la investigación biomédica internacional.

Tradicionalmente los DESC no han sido considerados como judicializables. Esto es así por dos razones que se encuentran estrechamente relacionadas: en primer lugar, suele considerarse que es responsabilidad exclusiva de los Estados nacionales asegurar la vigencia de los derechos humanos<sup>1</sup>. En segundo lugar, se considera que los factores sociales, culturales y económicos que intervienen en la satisfacción de los DESC exceden el control de los Estados, y, por esto mismo, exceden también su responsabilidad moral y jurídica<sup>2</sup>. De este modo, en tanto que sólo los Estados son responsables de asegurar el goce de los derechos humanos, y no parecen tener la obligación de asegurar el disfrute de los DESC, la satisfacción de estos derechos se presenta como una meta altamente utópica, y exigir su satisfacción efectiva adquiere, en consecuencia, ese mismo

---

\* Licenciada en Filosofía. Maestranda en Derechos Humanos, Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

<sup>1</sup> Pedro Nikken, “El concepto de Derechos Humanos”, en *Estudios Básicos I*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994, p. 28.

<sup>2</sup> Víctor Abramovich y Christian Curtis reconstruyen y critican los argumentos a favor de esta posición. Véase “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Martín Abregú y Christian Curtis (Comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 65-86.

carácter utópico que parece restarle legitimidad y pertinencia a su reclamo efectivo.

En el presente trabajo pretendo cuestionar esta posición. Sin embargo, no me centraré en el carácter jurídico de los DESC, sino que por el contrario, me apoyaré en el **carácter moral** de estos derechos. Asumiré, pues, que los Derechos Humanos son, ante todo, pretensiones morales que pueden implementarse de muchas maneras diferentes, entre ellas, mediante su cristalización en las legislaciones locales o en los regímenes internacionales de defensa de los Derechos Humanos<sup>3</sup>. En tanto que pretensiones morales, sostendré que la **responsabilidad** por su cumplimiento o su violación no es imputable sólo a los Estados, sino que esta responsabilidad puede extenderse también a distintos agentes de la sociedad civil.

De este modo, el problema de la **judiciabilidad** de los DESC, es decir, la posibilidad de exigir estos derechos ante los tribunales, quedará relegado a un segundo plano. No obstante, mi argumentación tendrá consecuencias importantes para esta cuestión, y será preciso tenerla presente a lo largo de este artículo, en tanto que para que las medidas jurídicas de un Estado democrático puedan considerarse legítimas, es necesario poder fundamentarlas moralmente<sup>4</sup>. Al ocuparme de la **responsabilidad moral** por el cumplimiento de los derechos humanos, pondré en duda uno de los supuestos fundamentales sobre los que se basan los argumentos en contra de la exigibilidad de los DESC, a saber, que el Estado es el único agente que puede (o debe) ser responsabilizado por la violación o el cumplimiento de estos derechos.

Para realizar el análisis propuesto, me centraré en el caso de la investigación biomédica internacional y el cumplimiento del derecho a la salud. Este caso, espero, resultará particularmente ilustrativo para considerar la redistribución de responsabilidades en condiciones de incumplimiento parcial por parte de los Estados. Desde la perspectiva de la teoría ética no ideal, argumentaré que es necesaria una redistribución de obligaciones y responsabilidades

---

<sup>3</sup> Carlos Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Paidós, Buenos Aires/Barcelona/México, 1984. También Thomas Pogge, "How Should Human Rights be Conceived" en *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press, Cambridge, 2002.

<sup>4</sup> Carlos Nino, *Ibíd.*

para asegurar el cumplimiento de derechos básicos como el derecho a la salud.

Comenzaré explicando qué es la investigación biomédica internacional y las razones por las que considero que ella constituye un ejemplo particularmente relevante para los objetivos presentados (2). Luego, señalaré la existencia de agentes no estatales que pueden hacerse responsables en la satisfacción de ciertos derechos (3 y 4) para considerar, finalmente, las condiciones de redistribución de la responsabilidad de algunos agentes involucrados en la investigación biomédica frente al incumplimiento del Estado en la satisfacción del derecho a la salud (5 y 6).

### **La investigación biomédica internacional**

A partir de la Segunda Guerra Mundial, la investigación biomédica, que en sus comienzos se llevó a cabo sobre pequeños grupos de pacientes y allegados de los investigadores, adquirió un carácter más impersonal. No sólo se comenzó a experimentar sobre grupos más grandes de la población; también los objetivos de la investigación dejaron de centrarse en las necesidades del paciente que intervenía en ella para ocuparse de las necesidades de los soldados en el frente.

De este modo, se empezó a concebir la investigación como un medio necesario para satisfacer las necesidades de personas que no se encontraban directamente involucradas en ella. Esta idea, si bien es ampliamente aceptada y reconocida en la actualidad, plantea la necesidad de establecer límites éticos y metodológicos destinados a evitar que los sujetos que participan de los ensayos clínicos carguen de manera injusta con los riesgos de una investigación cuyos beneficios se extenderán a la sociedad en general. Muchas de estas pautas han sido plasmadas en los códigos que rigen la investigación, que tanto a nivel nacional como internacional, comenzaron a aparecer después de la Segunda Guerra.

En 1947 el Tribunal Militar de Nuremberg estableció una serie de principios destinados a regular la investigación en sujetos humanos<sup>5</sup>. Respondiendo a los abusos cometidos durante la Segunda Guerra

---

<sup>5</sup> Para esta reconstrucción histórica sigo a Florencia Luna y Arleen Salles, *Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998.

Mundial, el *Código de Nuremberg* enfatizó la necesidad de obtener el consentimiento libre e informado de los sujetos de investigación<sup>6</sup>. Posteriormente, la *Declaración de Helsinki*, aprobada por la Asociación Médica Mundial en 1964, apuntó a subsanar las lagunas del *Código de Nuremberg*<sup>7</sup>. Esta declaración distinguió, por primera vez, entre la investigación terapéutica, en la que la investigación no es independiente del tratamiento de la salud de las personas, y la no terapéutica, y enfatizó, consecuentemente, la necesidad de establecer una evaluación adecuada de los costos, los riesgos y los beneficios involucrados en la investigación terapéutica. Por último, las *Propuestas de Normas Internacionales para las Investigaciones Biomédicas con Sujetos Humanos* (de aquí en adelante, “Guías de la CIOMS/OMS”) establecidas por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1982, se propuso como un complemento de los códigos ya existentes. Dicho documento puso especial énfasis en las necesidades de los países en desarrollo y las poblaciones más vulnerables y agregó consideraciones referentes a la compensación que les corresponde a las personas por los daños ocasionados durante el desarrollo de la investigación<sup>8</sup>. A lo largo de los años, estos documentos han sido discutidos y modificados, pero se mantienen vigentes como guías para la protección de las personas contra los intereses sociales, científicos o económicos que impulsan la investigación<sup>9</sup>.

Actualmente, la industria farmacéutica invierte entre 50 y 60 billones de dólares por año para la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos. El proceso de desarrollo e investigación de una droga puede durar entre ocho y doce años y cuesta,

---

<sup>6</sup> Tribunal Militar de Nuremberg, *Código de Nuremberg*, 1947.

<sup>7</sup> Asamblea Médica Mundial, (AMM), *Declaración de Helsinki. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos*, 2000. Disponible online en: <http://www.wma.net/s/policy/b3.htm>.

<sup>8</sup> Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) en colaboración con la Organización Mundial de la Salud (OMS). *Guías Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Sujetos Humanos*, Ginebra: CIOMS/WHO, 2002.

<sup>9</sup> Véase Florencia Luna, “Algunas controversias acerca de las guías internacionales para a investigación con seres humanos” en *Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis*, IV:5, pp. 36-42, 2004, para una evaluación de las últimas modificaciones de estos documentos.

aproximadamente, entre cuatro y seis millones de dólares. Las compañías farmacéuticas obtienen las patentes de sus productos al comienzo de dicho proceso. Estas patentes les aseguran un derecho exclusivo sobre el producto por un período de veinte años. En consecuencia, cuanto más tiempo tengan las compañías para usufructuar las patentes obtenidas, mayor será su ganancia. De hecho, se ha calculado que cada día de retraso en la obtención de la patente le cuesta a la industria farmacéutica cerca de 1.300.000 dólares. Así, reducir los tiempos de investigación redundaría directamente en una mayor ganancia para las empresas<sup>10</sup>.

El proceso de investigación consta de varias fases<sup>11</sup>. Algunas de ellas no pueden acortarse, sin embargo, es posible reducir su duración cuando requieren un testeo a gran escala. Una manera de disminuir los tiempos de investigación es realizar los ensayos en varios lugares (centros) a la vez. En esta forma de investigación “multicéntrica” numerosas consideraciones económicas se entremezclan con otras de índole metodológica y ética. Por varias razones, los países más pobres constituyen la opción favorita de los laboratorios para llevar adelante estas últimas etapas de la investigación: las bajas condiciones de salud de la población local que favorecen el reclutamiento de sujetos de investigación, la débil presencia del Estado para proteger a los pacientes y controlar la investigación, así como los costos significativamente menores, ofrecen a las compañías farmacéuticas considerables ventajas económicas<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Florencia Luna, “Research in Developing Countries”, en Steinbock, Bonnie (comp.) *The Oxford Handbook of Bioethics*, Oxford University Press, Oxford, en prensa.

<sup>11</sup> Véase Florencia Luna y Arleen Salles, *Bioética...* para una caracterización de las fases de la investigación.

<sup>12</sup> Los costos de la investigación en los países en desarrollo se reducen a **un tercio** de los costos en países desarrollados. Véase al respecto el estudio de Angela Galantine “Under what conditions is clinical research in developing countries exploitive? A framework for assessing exploitation in mutually advantageous transactions”, inédito. Sin embargo, las ventajas no se reducen solamente al plano económico. Se han señalado, también, razones metodológicas, relacionadas con el carácter “virgen” de las poblaciones que no reciben tratamientos médicos para las enfermedades que se testean, la mayor concentración de enfermos, y la posibilidad, altamente problemática desde el punto de vista ético, de realizar controles con placebo. Son estas ventajas “metodológicas” las que dan cuenta de la fuerte oposición que la *Food and Drug*



Si bien la inversión en investigación en los países en desarrollo es considerable, ello no se ve reflejado en el estado de salud de las poblaciones locales. En efecto, un 90% de la suma total dedicada al desarrollo de nuevas drogas y tratamientos se destina a investigar enfermedades que sólo afectan al 10% de la población mundial. Así, enfermedades como el dengue, el cólera, la malaria, o el Chagas, que suelen ser altamente prioritarias en los países subdesarrollados, son dejadas de lado para investigar otros males que, como el Parkinson y el Alzheimer, afectan sólo a poblaciones adultas que han superado el promedio de vida de las poblaciones de los países en desarrollo y que, por esta razón, tienen una alta incidencia sólo en los países industrializados.

Es así que, hacia finales de la década de 1990, a partir de algunas investigaciones altamente controvertidas, las desigualdades señaladas generaron un acalorado debate que condujo a la modificación de los dos documentos principales que regulan la investigación en salud en el ámbito internacional: la Declaración de Helsinki, de la Asociación Médica Mundial, y las Guías de la CIOMS/OMS. Cuestiones tales como la necesidad de atender las necesidades de salud reales de las personas y comunidades que no pueden afrontar los altísimos costos de las drogas y tratamientos ya disponibles y la obligación de ofrecer un trato digno y equitativo a todas las personas que participaran en la investigación, independientemente de su lugar de origen, inspiraron las reformas que, sin embargo, no lograron silenciar definitivamente las voces del debate<sup>13</sup>.

Cuando no se dispone de alternativas aceptables, puede resultar difícil negarse a participar en las investigaciones. Sin embargo, al defender la libertad comercial de las compañías farmacéuticas suele argumentarse que ellas no son responsables de las condiciones de

---

*Administration* (FDA) de EEUU ha presentado contra las regulaciones internacionales que exigen un tratamiento equitativo para los sujetos de investigación de los países no desarrollados. Sin embargo, el peso de las razones económicas resulta altamente significativo, especialmente si se considera que, de acuerdo con numerosos autores, estas supuestas ventajas metodológicas son, en realidad, inexistentes. Para una discusión crítica de las motivaciones para la investigación en los países en desarrollo, véase Ruth Macklin, *Double Standards in Medical Research in Developing Countries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, especialmente, Cap. 1.

<sup>13</sup> Florencia Luna, "Algunas controversias...".

pobreza que hacen a los individuos más vulnerables a la explotación. Por el contrario, se sostiene que es el Estado el responsable de asegurar el acceso a un sistema básico de salud. En consecuencia –prosigue el argumento– cuando tal sistema no existe, la investigación no realiza un daño a quienes participan de ella, sino que ofrece una alternativa racional para los individuos que, de otro modo, no recibirían tratamiento alguno<sup>14</sup>.

No obstante, incluso si se concedieran las premisas del argumento mencionado, resulta inadmisibles desde un punto de vista moral, permitir que los financiadores de la investigación saquen ventaja de las condiciones de pobreza que imperan en los países en desarrollo<sup>15</sup>. Por esta razón, las últimas modificaciones en los códigos internacionales han reforzado la obligación de asegurar que las personas que participan en las investigaciones en países en desarrollo reciban el mismo estándar de tratamiento que los sujetos de investigación de los países desarrollados.

Tal precaución, sin embargo, no resulta suficiente para disipar toda sospecha de explotación y asegurar un trato justo hacia los individuos y las comunidades en las que la investigación se lleva a cabo. La brecha del 10/90 en la inversión de fondos para la investigación en salud pone en evidencia que, aunque se asegure a los sujetos de los países más pobres un tratamiento digno y equitativo, debido a las deficiencias estructurales en los sistemas locales de salud, los países pobres seguirán siendo un campo idóneo donde testear los medicamentos de los países ricos. Para lograr

---

<sup>14</sup> Harold Varmus y David Satcher son los defensores más reconocidos de esta posición. Véase “Ethical Complexities for Conducting Research in Developing Countries”, *New England Journal of Medicine*, 337, pp. 1003-1005, 1997. En Julieta Arosteguy, “El derecho a la salud en la investigación biomédica internacional”, *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, IX:1, pp. 11-30, 2005, he analizado este argumento con mayor detalle.

<sup>15</sup> Los financiadores o *sponsors* de la investigación suelen ser tanto compañías farmacéuticas multinacionales como organismos públicos como el NIH (*National Institutes of Health*) de Estados Unidos, o CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas) de Argentina. Los objetivos de estas instituciones son diversos, pero incluso en los casos en los que los beneficios económicos dejan lugar a intereses científicos, las minorías vulnerables corren el riesgo de ser sacrificadas en función de los fines de la investigación (sean científicos, económicos, sociales). Véase Luna, Florencia, “Research in Developing Countries” para un relevamiento de los múltiples agentes involucrados en la investigación.

condiciones justas de cooperación es necesario asegurar que los países en desarrollo tengan un **acceso efectivo a los frutos de la investigación** que en ellos se realiza. Esto implica, entre otras cosas, realizar investigaciones relevantes para sus necesidades sanitarias, generar recursos a nivel local (tanto humanos como materiales) y asegurar el acceso a los frutos de la investigación, especialmente, a los tratamientos y medicamentos que puedan beneficiar a las comunidades involucradas. El riesgo al que se someten los individuos y las poblaciones más vulnerables debe ser justamente compensado mediante una justa distribución de los beneficios obtenidos.

Frente a estas exigencias surge una pregunta fundamental: **¿Quién** debe asegurar la justa distribución de los beneficios? Cuando se pretende exigir a las compañías farmacéuticas que cumplan con los requisitos mencionados, es necesario responder a este interrogante: ¿por qué son ellas las que deben hacerse responsables de subsanar las fallas en los sistemas locales de salud? Esta pregunta nos lleva directamente a la cuestión acerca de la **responsabilidad del Estado y de los agentes no estatales** en el cumplimiento de los DESC y, en este caso particular, en el cumplimiento del derecho a la salud. Si el Estado es el responsable del cumplimiento de este derecho y falla en su obligación de satisfacerlo, entonces surge el problema de por qué debe atribuirse a las empresas farmacéuticas la responsabilidad que, en principio, le corresponde al Estado. Si bien las empresas resultan beneficiadas por el bajo nivel sanitario de la población local, ellas no son directamente responsables de esta situación. En consecuencia, parece difícil exigirles que brinden a la población otros beneficios que el Estado debería proporcionar<sup>16</sup>.

Ante esto, es necesario preguntarse, pues, si el Estado es, efectivamente, el único responsable de cumplir con los derechos de sus ciudadanos. Parece evidente que la efectiva realización de los DESC requiere de la participación de otros agentes. Así, por ejemplo, Flavia Piovesan ha señalado que: “para enfrentarse a los desafíos de la implantación de los derechos económicos, sociales y culturales, no basta con tan solo focalizar la responsabilidad del

---

<sup>16</sup> Seth Berkley, “Thorny issues in the ethics of AIDS vaccine trials”, *The Lancet*, 362, p. 992, 2003.

Estado. [...] En el contexto de la globalización económica se pone de relieve la incorporación de la agenda de derechos humanos por agentes no estatales. En este sentido, surgen 3 agentes fundamentales: a) las agencias financieras internacionales; b) los bloques regionales económicos; y c) el sector privado”<sup>17</sup>.

Sin embargo, la autora no deja en claro por qué razón los agentes no estatales **deberían** actuar como agentes promotores de justicia en lo referente al cumplimiento de los DESC. En consecuencia, se hace necesario dar cuenta de la obligación de los agentes no estatales es el cumplimiento de los DESC.

En las secciones siguientes intentaré apoyar la afirmación de que los Estados nacionales no son los únicos responsables de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales (3) y que hay otros agentes que tienen la capacidad de satisfacer ciertos derechos (4). Una vez que haya mostrado que otros agentes **pueden** efectivamente cumplir con esta obligación, me abocaré al problema de por qué razón ellos **deben** hacerlo.

### **El papel de los agentes no estatales en el cumplimiento de los derechos humanos**

El complejo proceso de globalización que se ha ido desarrollando en las últimas décadas ha dado lugar a un nuevo escenario económico y político en el que los Estados han dejado de ser los únicos actores relevantes. De acuerdo con Onora O’Neill, existen en la actualidad una pluralidad de agentes de justicia (e injusticia), entre los que se cuentan los Estados nacionales, las agencias estatales, los organismos internacionales, las ONG’s y las empresas multinacionales<sup>18</sup>. Si bien los Estados nacionales son los agentes primarios de justicia, debido, entre otras razones, a que poseen medios de coerción y fuertes estructuras legales y políticas, no parece haber razones para pensar que son los exclusivos encargados de asegurar la justicia.

---

<sup>17</sup> Flavia Piovesan, “Los retos de la sociedad civil en la defensa de los DESC”, *Memorias del XXII Curso Interdisciplinario en derechos Humanos. Derechos económicos, Sociales y culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, p. 20.

<sup>18</sup> Onora O’Neill, “Agents of Justice”, en Pogge, T. (comp.), *Global Justice*, Blackwell, Oxford, 2001.

Como señala O'Neill, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 no especifica claramente cuáles son los agentes encargados de cumplir con los derechos que allí se enuncian, ni en qué medida cada agente es responsable de ello. Así, pueblos, sociedades, naciones, países y Estados son mencionados como agentes frente a los cuales los individuos poseen derechos, sin que haya mayores precisiones<sup>19</sup>. Esto se debe, fundamentalmente, a que:

La Declaración se ocupa de la justicia mediante la proclamación de derechos. Proclama lo que ha de recibirse, los derechos que cada persona debe tener; pero dice muy poco acerca de qué agentes o agencias deben hacer qué cosa para asegurar estos derechos. Al igual que otras cartas y declaraciones, la Declaración Universal ve la justicia **desde la perspectiva del receptor**: se centra en los destinatarios y los derechos más que en las acciones y las obligaciones<sup>20</sup>.

Si seguimos la sugerencia de O'Neill y nos concentramos en el punto de vista de los **destinatarios** de los derechos humanos, resulta evidente que, además del Estado, hay otros agentes que poseen alguna responsabilidad en el cumplimiento de los derechos humanos. Al centrar el análisis en el receptor del derecho, el énfasis recae en la satisfacción de sus derechos y necesidades. Con esto, el problema de determinar quién es responsable de asegurar dicha satisfacción adquiere un lugar secundario en la reflexión.

Sin embargo, este énfasis en el receptor puede resultar muy extremo en ciertas circunstancias. Esta posición exige de cada uno de los agentes morales (sean individuos o instituciones), una participación activa en la lucha contra las necesidades humanas, comprometiéndolo con los **resultados** de esta lucha. Esta posición parece exigir, pues, que cada agente moral se comprometa tanto con deberes negativos como con deberes positivos –es decir, **evitando** dañar a alguien pero **promoviendo**, también, su bienestar– con el fin de asegurar a cada persona los medios necesarios para satisfacer sus necesidades básicas<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> *Ibíd.* pp. 190-191.

<sup>20</sup> *Ibíd.* p. 191. Énfasis agregado.

<sup>21</sup> Peter Singer, "Famine, Affluence and Morality", *Philosophy and Public Affairs*, 1, pp. 229-243, 1972.

Muchas críticas se han elevado contra esta posición que, a ojos de muchos, resulta extrema en sus exigencias<sup>22</sup>. Pero no es éste el único problema que una posición puramente basada en los receptores presenta: una posición de este tipo no permite explicar la diferencia entre un delito común y la violación de un derecho humano. Así, por ejemplo, si bien “toda persona tiene derecho a la propiedad [...] [y] nadie será privada de ella arbitrariamente”<sup>23</sup>, el robo de un auto (por más que constituya una privación arbitraria de la propiedad), no constituye una violación a ese derecho<sup>24</sup>. Parece que la noción misma de derechos humanos y de su violación requiere un contexto institucional para asegurar el sentido y la importancia política que poseen como herramienta contra la injerencia estatal ilegítima.

En respuesta, Thomas Pogge ha ofrecido una “interpretación institucional” de los derechos humanos que, si bien compromete a **todos** los agentes morales con el cumplimiento de los derechos humanos, sólo exige de ellos deberes negativos. Basado en el Art. 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que afirma que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”, Pogge sostiene que: “Los derechos Humanos no justifican las demandas contra todos los seres humanos, sino sólo sobre aquellos que imponen un orden institucional coercitivo”<sup>25</sup>. Cuando el orden institucional establece restricciones inaceptables sobre las libertades y los derechos –tanto los civiles y políticos, como los DESC– entonces, todas las personas comprometidas con el mantenimiento de dichas instituciones son moralmente responsables por ello. Su obligación, sin embargo, no reside en “proteger, rescatar, alimentar, vestir y hospedar”<sup>26</sup> a las personas afectadas por un orden injusto, sino en

---

22 Más adelante me detengo con mayor detalle en la propuesta de Singer y en sus exigencias “excesivas”.

23 Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Art. 17.

24 Thomas Pogge, “How Should Human Rights...”, p. 57.

25 Thomas Pogge, “How Should Human Rights...”, p. 67. Véase, también “La importancia internacional de los derechos humanos”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*, Vol. 2, Nº 1, 2000. Disponible online en [www.utdt.edu/departamentos/derecho/publicaciones/rtjl/primeraspaginas/index.htm](http://www.utdt.edu/departamentos/derecho/publicaciones/rtjl/primeraspaginas/index.htm).

26 Thomas Pogge, “How Should Human Rights...”, p.67.

participar activamente en la reforma de las instituciones o, cuanto menos, en retirarle todo tipo de apoyo (sea económico, político o de cualquier otra índole). De este modo: “cada miembro de la sociedad, de acuerdo con sus capacidades, debe ayudar a crear y sostener un orden político e institucional bajo el cual todos tengan acceso seguro a los objetos de sus derechos [...]”<sup>27</sup>.

Pogge extiende estas obligaciones para incluir a otros Estados y sus ciudadanos, organismos financiadores y empresas multinacionales basándose en el papel causal –más o menos directo– que estos agentes tienen en las condiciones de pobreza y desigualdad que afectan a las poblaciones más pobres del planeta: “Sostengo que los ciudadanos y los gobiernos de las sociedades más ricas, al imponer el actual orden económico, contribuyen significativamente a la persistencia de la pobreza extrema, y, por lo tanto, comparten la responsabilidad moral por [los daños que ella provoca]”<sup>28</sup>. Cada persona, pues, no sólo tiene la responsabilidad de luchar por un orden institucional adecuado a nivel local, sino que debe comprometerse con este objetivo en el plano global.

A pesar de su atractivo, la propuesta de Pogge no deja de ser problemática. La pretensión de vincular causalmente a las instituciones internacionales y las personas que las apoyan con las situaciones de pobreza de los países en desarrollo y con las consecuentes violaciones a los derechos de sus habitantes, si bien es política e intuitivamente atractiva, resulta filosófica (y políticamente) problemática. Además de las dificultades inherentes al concepto de causalidad y la relación entre la causación y la responsabilidad moral, la propuesta de Pogge implica una **responsabilidad tan amplia y difusa** que resulta difícil establecer jerarquías viables que permitan, a su vez, establecer medidas concretas de acción.

---

<sup>27</sup> *Ibíd.* p. 69.

<sup>28</sup> Thomas W. Pogge, “Moral Universalism and Global Economic Justice”, en *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press, Oxford, 2002, p. 115. Pogge defiende esta conclusión en otros contextos. Véase, por ejemplo y “La importancia internacional...” y “Testing Our Drugs on the Poor Abroad”, 2003. Disponible online en: [http://www.etikk.no/globaljustice/papers/GJ2003 Thomas Pogge Testing Our Drugs on the Poor Abroad.doc](http://www.etikk.no/globaljustice/papers/GJ2003%20Thomas%20Pogge%20Testing%20Our%20Drugs%20on%20the%20Poor%20Abroad.doc)

Esto se hace particularmente evidente en el caso de la investigación en salud, puesto que en este ámbito se abre la posibilidad actual y concreta de establecer pautas que den lugar a obligaciones claramente reconocibles y exigibles. La Declaración de Helsinki y las Guías de la CIOMS/OMS son las dos normativas principales que regulan la investigación biomédica internacional y, junto con otras normativas éticas, tienen una gran influencia en la investigación. Si bien ninguno de los códigos de ética internacionales es jurídicamente obligatorio, ellos constituyen el referente indiscutible para la evaluación ética de los protocolos de investigación en diversos ámbitos. Tanto los responsables de las políticas de regulación de los gobiernos nacionales como los comités editoriales de las principales revistas médicas, los comités de ética, las ONG's y los distintos organismos internacionales se vuelcan hacia estos documentos a la hora de tomar decisiones en lo referente a la evaluación de protocolos, la publicación de los resultados de las investigaciones y el diseño de investigaciones y proyectos de salud pública que involucran la investigación en seres humanos. Todas estas medidas influyen directa o indirectamente sobre los intereses de los investigadores y permiten exigir condiciones más justas de investigación. De este modo, reconocer un agente determinado al que puedan exigírseles obligaciones claramente delimitadas resulta fundamental para llevar a la práctica esta posibilidad concreta de acción. Pero para esto es necesario justificar claramente la responsabilidad de las empresas farmacéuticas en relación con los sujetos de investigación y las comunidades en las que la investigación se lleva a cabo. La propuesta de Pogge si bien permite establecer la existencia de tal responsabilidad, falla, creo, en este objetivo.

No me detendré aquí en la evaluación de la propuesta de Pogge, cuya complejidad excede los límites del presente artículo, sino que intentaré dar cuenta de las responsabilidades de los agentes no estatales independientemente de su papel causal en las situaciones de violación de derechos. Volveré, pues, a la investigación biomédica. Si bien este ejemplo es acotado, me permitirá sentar claramente una base sobre la cual establecer la responsabilidad de otros agentes, independientemente de su vinculación causal con el incumplimiento del derecho a la salud.



### Agentes y capacidades

Hasta aquí, he intentado mostrar que, si bien puede pensarse que los Estados son los **agentes primarios** de justicia, no hay razones para pensar que son los **únicos** agentes relevantes en la satisfacción de los derechos de las personas. A continuación veremos que esto es especialmente así en el caso de los DESC.

Es ya un lugar común señalar la inextricable relación entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales. Se ha argumentado con acierto que el pleno goce de los primeros supone la satisfacción de los segundos, que no hay criterios claros que permitan distinguir tajantemente entre ambos grupos y que, dado que ambas categorías engloban derechos de distinta importancia, no puede jerarquizarse, simple e indiscriminadamente, la totalidad de una categoría sobre la totalidad de la otra. Se ha mostrado que la satisfacción de ambos tipos de derechos requieren de medidas positivas por parte de los Estados, y que las grandes sumas necesarias para asegurar el goce de los DESC son igualmente necesarias para el goce de otros derechos políticos fundamentales como el derecho al voto<sup>29</sup>.

No obstante, y a pesar de los recaudos que es necesario tomar al establecer distinciones tajantes entre ambas categorías de derechos, quizá haya un sentido en el que los derechos civiles y políticos dependen en mayor medida que los DESC de la figura institucional del Estado. Sólo el Estado, en tanto que posee los medios de coerción necesarios para garantizar el funcionamiento de la estructura legal y política, puede asegurar derechos tales como la libertad y seguridad personales, el acceso a la justicia, la libertad de culto y de expresión, etc. Esto no quiere decir que otras instituciones diferentes del Estado no puedan impedir el ejercicio de estos derechos, pero la capacidad de asegurarlos, ofreciendo una estructura institucional que asegure las condiciones necesarias para su ejercicio, es exclusiva de los Estados nacionales y es, además, indelegable (no en el sentido de que no debe ser delegada, sino en el sentido de que no puede serlo)<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Un ejemplo de esto es la posición de Henry Shue quien ofrece, en *Basic Rights*, una evaluación de los derechos de ambas categorías para distinguir un núcleo de derechos básicos provenientes de ambos grupos de derechos. Henry Shue, *Basic Rights. Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, 2ª edición, Princeton University Press, Princeton, 1996.

<sup>30</sup> Véase O'Neill, "Agents of Justice", pp. 196-198, donde se aplica la noción de "capacidad" de Sen a los distintos agentes de justicia para dar cuenta del **papel primario** del estado como agente de justicia.

Sin embargo, existen instituciones que tienen la capacidad de suplir al Estado en lo referente a los DESC y que muchas veces lo hacen e, incluso, compiten con él. Tómese como ejemplo la salud. Las tres funciones principales del Estado, en lo referente a la salud pública son evaluar las necesidades de salud de la población, desarrollar políticas destinadas a enfrentar estos problemas, e implementar programas que permitan establecer metas estratégicas<sup>31</sup>. En el caso de la investigación biomédica internacional, todas estas funciones son cumplidas por las compañías farmacéuticas o por organismos no estatales, de manera paralela o complementaria al Estado, cuando éste cumple adecuadamente con las funciones señaladas, o en lugar del Estado, cuando éste no lo hace.

Esto no debe ser considerado, necesariamente, como una infracción a los derechos de los ciudadanos. Como señala Florencia Luna:

Hay numerosos factores en juego en la investigación, y es esencial analizar estas cuestiones con sutileza. La investigación en salud es compleja. Combina variados intereses y actores que pueden influir, no sólo en la salud y bienestar de numerosas personas, sino también en la economía y la infraestructura sanitaria de los países. El problema, entonces, está en descartar la investigación abusiva y en promover la investigación de calidad, la cual debería proteger a los sujetos de investigación y contribuir, a la vez, a cerrar la brecha entre las desigualdades imperantes<sup>32</sup>.

En efecto, cuando la investigación permite subsanar las deficiencias del sistema de salud y contribuye a satisfacer las necesidades locales, puede convertirse en un agente positivo de cambio. Hay casos notables, como las ONG's *Medicines for Malaria Ventures* y *Global Alliance for Vaccine and Immunization*, que llevan a cabo actualmente programas de investigación y vacunación contra la malaria, la hepatitis B y la fiebre amarilla. La Organización Mundial de la Salud también ha implementado un proyecto para brindar a los habitantes de los países más pobres tratamiento para el

---

<sup>31</sup> Mann, Jonathan M.; Gostin, Lawrence, Gruskin, Sofia; Troyen, Brennan; Lazzarini, Zita y Fineberg, Harvey, "Health and Human Rights" en Mann, Jonathan M. *et al.* (Comps.) *Health and Human Rights. A Reader*, Routledge, Nueva York y Londres, 1999, pp. 11-12.

<sup>32</sup> Florencia Luna, "Research in Developing Countries".

HIV/SIDA (programa '3 by 5'). Dichas iniciativas están dirigidas a financiar investigaciones destinadas a producir nuevas drogas, o bien a desarrollar contratos con las compañías farmacéuticas que aseguren, mediante la intervención de instituciones intermediarias, el acceso a las drogas requeridas<sup>33</sup>.

En Haití, por ejemplo, donde la suma destinada a salud es menor a 2 dólares por persona por año, ha sido la intervención del *Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria* lo que permitió ofrecer los antirretrovirales necesarios a los participantes de una investigación de vacunas contra el SIDA/HIV<sup>34</sup>. Debido a disposiciones reglamentarias de su país de origen, los financiadores (*National Institutes of Health*) no pueden invertir en tratamientos que no se encuentren directamente relacionados con la investigación, por lo que no podrían haber ofrecido un tratamiento de antirretrovirales de no haber sido por la asistencia del *Global Fund*. Sin embargo, en este caso la necesidad de encontrar una vacuna contra el SIDA/HIV es tan fundamental para la comunidad en la que la investigación se lleva a cabo, que la investigación misma está destinada a satisfacer las necesidades locales. Lamentablemente, no sucede lo mismo en otros casos donde el financiamiento proviene de compañías farmacéuticas que llevan a cabo investigaciones sin ningún tipo de conexión con las necesidades locales.

Debe tenerse en cuenta que, mientras que algunas investigaciones son necesarias para mejorar la salud de las poblaciones en los países más pobres, otras ni siquiera lo son para la salud de las poblaciones más ricas. En muchos casos, las compañías farmacéuticas investigan versiones levemente diferentes de medicamentos ya existentes. Esto les permite competir en el mercado con versiones similares a las drogas ya probadas (las llamadas "me too"), u obtener una nueva

---

<sup>33</sup> Para mayor información véase: [http://www.vaccinealliance.org/home/General Information/About alliance/FAQ/qanda.php](http://www.vaccinealliance.org/home/General%20Information/About%20alliance/FAQ/qanda.php), <http://www.mmv.org>, <http://www.who.int/3by5/en/>.

<sup>34</sup> Fitzgerald, Daniel W., Pape, Jean W., Wasserheit, Judith N., Counts, George W. y Corey, Lawrence "Provision of treatment in HIV-1 Vaccine trials in developing countries", *The Lancet*, Vol. 362, 20 de septiembre de 2003, pp. 993-994. Además, los financiadores de la investigación (*National Institutes of Health* de Estados Unidos) realizaron una serie de mejoras en las instalaciones locales que no sólo permitieron la realización de la investigación, sino que constituyen también un beneficio para toda la comunidad.

patente que les permita conservar su producto en el mercado<sup>35</sup>. Esto hace aún más problemático el balance entre riesgos y beneficios, puesto que los beneficios que los sujetos de investigación pueden obtener por participar en estas investigaciones es insignificante<sup>36</sup>.

Así, frente a la investigación internacional, es preciso asegurar tanto condiciones justas de investigación para los sujetos que participan de ella como beneficios equitativos para las comunidades en las que ella se lleva a cabo, tanto durante el desarrollo de la investigación, como después de que ésta ha finalizado<sup>37</sup>. Las compañías farmacéuticas están en condiciones de asegurar ambos requisitos. Ellas pueden ofrecer a los sujetos, sus familias y sus comunidades los cuidados básicos que aseguren un buen estado de salud de las personas directamente involucradas en ellas. También están en condiciones de asegurar beneficios equitativos después de la investigación, mediante la creación de infraestructura, formación de recursos humanos, tarifas diferenciales en las drogas obtenidas o cesión de licencias para su producción<sup>38</sup>.

### **El Estado como incumplidor parcial**

He intentado mostrar hasta aquí que, en principio, puede haber otros agentes involucrados en la satisfacción de los derechos humanos y que, en el caso del derecho a la salud considerado en el presente trabajo, existen agentes no estatales que cuentan con la capacidad de suplir exitosamente la función del Estado. Con esto, sin embargo, no resulta suficiente para mostrar que los agentes capaces de satisfacer ciertos derechos tengan la responsabilidad de hacerlo.

Ha habido hasta el presente una fuerte oposición a imponer grandes restricciones sobre las compañías farmacéuticas respecto de

---

<sup>35</sup> Marcia Angell, *The Truth About the Drug Companies. How They Deceive Us and What to Do About It*, Random House, Nueva York, 2004.

<sup>36</sup> A pesar de los problemas involucrados en este tipo de ensayos, supondré a lo largo de este trabajo que la investigación puede aportar un conocimiento valioso desde el punto de vista científico. Para una discusión en torno a la aceptabilidad de este tipo de investigación en los países en desarrollo, véase Ruth Macklin, *Double Standards in Medical Research...*

<sup>37</sup> Julieta Arosteguy, "El derecho a la salud..."

<sup>38</sup> Angela Ballantyne, "Under what conditions..."

sus obligaciones hacia las poblaciones donde realizan la investigación. Se ha señalado que ello podría reducir los incentivos para realizar investigaciones en los países en desarrollo<sup>39</sup>. Hemos visto ya que, cuando la investigación es altamente prioritaria respecto de las necesidades sanitarias de una población, es posible alcanzar un acuerdo mediante otros agentes no estatales abocados especialmente a subsanar las falencias de salud en los países más pobres. Pero esto no sucede con la mayor parte de la investigación biomédica que llevan a cabo las compañías farmacéuticas, ¿es posible exigir a los laboratorios preocupados por maximizar sus beneficios económicos que subsanen las deficiencias en los sistemas locales de salud?

Considero que la respuesta a esta pregunta es afirmativa. Si bien es responsabilidad del Estado ofrecer los tratamientos básicos de salud que no se encuentran directamente relacionados con la investigación, esto no es suficiente para negar que, **en caso de que el Estado no pueda cumplir con su obligación**, las compañías farmacéuticas no tengan responsabilidad alguna frente a esta situación.

Llegados a este punto, resultará conveniente detenernos en la noción de teoría ética no ideal. Más que un planteo ético sustantivo, la teoría no ideal plantea una perspectiva sobre la teorización ética. Usualmente, las teorías normativas suponen como punto de partida agentes ideales que cumplirán de manera perfecta con todas las normas morales, cualesquiera que ellas sean. Así, la desobediencia moral se presenta como una externalidad que acontece en la práctica, pero de la cual no es necesario dar cuenta en la teoría. Por el contrario, la teoría no ideal parte de condiciones de cumplimiento (o incumplimiento) parcial. Esta es una premisa teórica, que influirá en la teorización subsiguiente. De este modo, una teoría ética no ideal puede considerarse como un apéndice de la teoría ética ideal, en tanto que considera su aplicación en contextos no ideales de cumplimiento parcial.

---

<sup>39</sup> Véase por ejemplo, Harold Varmus y David Satcher, "Ethical Complexities..." y David Resnik, "Developing Drugs for the Developing World: An Economic, Legal, Moral, and Political Dilemma", *Developing World Bioethics*, 1:1, pp. 11-32, 2001.

Supongamos, pues, que, en condiciones ideales de cumplimiento total, es responsabilidad exclusiva del Estado satisfacer las necesidades de salud de su población. En tales casos, es posible afirmar que las obligaciones de los realizadores de las investigaciones se reducen a no producir un daño a los sujetos de las mismas, es decir que ellos no deben negarles a los sujetos tratamientos que recibirían del Estado si no participaran de la investigación. Desde una perspectiva no ideal la pregunta que se hace necesario formular es ¿qué sucede cuando un agente –el Estado, en este caso– no cumple con la responsabilidad previamente establecida? ¿Es este un factor irrelevante para determinar la responsabilidad de los demás agentes?

Una respuesta tradicional –y radical– frente a estas situaciones de incumplimiento parcial es la del utilitarismo. Peter Singer, por ejemplo, se ha ocupado del problema del incumplimiento parcial en su ya clásico artículo “Famine, Affluence and Morality”<sup>40</sup>. El argumento que se presenta en este artículo consta de dos premisas: la primera establece que el sufrimiento (causado por la falta de comida, vivienda, etc.) es algo malo. La segunda premisa afirma que se debe evitar aquello que es malo, siempre que esto no exija sacrificar algo de importancia moral equivalente.

De esta última premisa, Singer extrae dos corolarios: en primer lugar, la proximidad de la persona afectada por el sufrimiento no afecta la obligación moral que tenemos hacia ella. En segundo lugar, nuestras obligaciones no varían según la cantidad de gente afectada por esta obligación. En relación con esto último, Singer afirma que “el hecho de que haya millones de otras personas en la misma posición que yo [...] no hace que mi situación sea significativamente diferente de la situación en la que yo estaría si fuera la única persona que puede evitar que algo malo ocurra”. En todo caso, Singer admite que “hay una diferencia psicológica entre los dos casos; uno se siente menos culpable si puede mostrar que otros, en una situación similar a la propia, tampoco hacen nada al respecto. Sin embargo, **esto no marca una diferencia real en nuestras obligaciones morales**”<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Peter Singer, “Famine, Affluence and Morality”.

<sup>41</sup> *Ibid.* Mi destacado.

Frente a esta posición se ha sostenido que el utilitarismo exige a los agentes que abandonen intereses, valores, actividades, relaciones y proyectos personales que consideran valiosos para su propia vida a fines de promover la felicidad general. De acuerdo con esta crítica, el utilitarismo acepta, e incluso requiere, a veces, el sacrificio de algunos en beneficio de todos, en tanto que el incumplimiento del deber moral por parte de algunas personas debe compensarse con el sacrificio de los otros.

Singer se opone a esta crítica de sobreexigencia que suele esgrimirse en contra del utilitarismo argumentando que “las necesidades de vida y muerte de otros deben tener prioridad”<sup>42</sup>. No obstante, hay otro problema que Singer parece dejar sin respuesta. Podemos acordar con el autor en que una demanda moral no se invalida cuando ella es muy grande. En efecto, podemos aceptar un alto nivel de sacrificio personal, siempre que este sea **justo**, es decir, siempre que el sacrificio impuesto sobre los agentes se lleve a cabo de acuerdo con un **principio justo de distribución de deberes y responsabilidades**.

Cuando todas las personas cumplen con sus obligaciones morales, aunque estas sean excesivas, ellas no resultan, sin embargo, injustas. La injusticia aparece, por el contrario, en casos de incumplimiento parcial, cuando algunos agentes deben compensar el bien que otros fallan en realizar<sup>43</sup>. Liam Murphy ha destacado con agudeza este problema: “en tanto que la beneficencia [–es decir, la promoción del bien común–] es un proyecto mutuamente beneficioso, es natural que nos resistamos a hacernos cargo de la parte que le corresponde hacer a la gente que podría contribuir en el proyecto, pero que no lo hace”<sup>44</sup>. Murphy ha sostenido que las obligaciones de los agentes no deberían aumentar a medida que disminuye el cumplimiento por parte de terceros. Según este autor, la beneficencia debe entenderse como un proyecto cooperativo,

---

<sup>42</sup> Peter Singer, *Ética Práctica. Segunda edición*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 305. Por otro lado, la máxima utilitarista no exige el sacrificio de todos los intereses personales, sino sólo de aquellos que no posean una importancia moral equivalente al daño que se produciría si tal sacrificio no se llevara a cabo.

<sup>43</sup> Véase Liam Murphy, “The Limits of Beneficence” *Philosophy and Public Affairs*, 22:4, pp. 267-292, 1993, p. 277-278.

<sup>44</sup> *Ibíd.*

compartido con otros, y no como un objetivo individual. De este modo, y en clara oposición con lo establecido por Singer, cada individuo debe hacerse cargo exclusivamente de la parte que le corresponde en esta empresa conjunta, y, por lo tanto, resulta altamente relevante que haya otros que están en situación de compartir las responsabilidades morales.

El **Principio Cooperativo de Beneficencia** que Murphy propone no exige a todos los agentes que promuevan el mejor de los resultados posibles sino, solamente, que realicen el sacrificio que sería necesario bajo una situación de cumplimiento total: “Se exige de cada agente que actúe óptimamente –que realice la acción que produce el mejor de los resultados– excepto en situaciones de cumplimiento parcial del principio. En situaciones de cumplimiento parcial se permite actuar óptimamente, pero el sacrificio que se exige de cada agente se limita al nivel de sacrificio que resultaría óptimo en una situación de cumplimiento total”<sup>45</sup>. De este modo, el principio de Murphy es sensible a la situación real de necesidad: las exigencias para todos los agentes aumentan de acuerdo con las necesidades concretas que la situación establece. Asimismo, no impone sobre los agentes un sacrificio injusto, ya que exige solamente aquello que, en condiciones ideales, deberían hacer todos los demás.

A pesar de su atractivo, considero que la propuesta de Murphy no logra ser completamente satisfactoria: una distribución justa de las obligaciones morales parece tener como correlato, en algunos casos, una distribución injusta de los costos morales. En el caso de la investigación en salud, si aceptamos que los financiadores no deben suplir las falencias del Estado y cargar injustamente con los costos de su incumplimiento, son los sujetos de investigación los que, de manera igualmente injusta, se ven afectados por este incumplimiento. Así, una distribución **justa** de las **obligaciones** morales parece tener como consecuencia, en los términos planteados por Murphy, una distribución **injusta** de los **costos** morales.

Este dilema parece encontrar una respuesta clara en el caso de la investigación en salud.

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 280.



### La redistribución de responsabilidades en situaciones de incumplimiento parcial

¿Cuál es, entonces, el fundamento que nos permite afirmar que la responsabilidad estatal debe ser redistribuida en caso de incumplimiento? Para responder a esta cuestión es necesario considerar la naturaleza cooperativa de la investigación biomédica.

El dilema que se plantea frente a la propuesta de Murphy mencionada anteriormente sólo se presenta cuando no parece haber razones morales de peso para elegir entre uno de los brazos del dilema. Si el incumplimiento del Estado sólo perjudicara a los sujetos de investigación, aparecería el problema de elegir entre dos situaciones que, en principio, son equivalentes: si exigimos que los financiadores reparen el daño del Estado, se les infringe un perjuicio que no han elegido voluntariamente y del cual no son responsables. Si, en cambio, no se les exige a los financiadores que compensen las insuficiencias estatales, entonces, se le infringe a los ciudadanos un daño que no han elegido voluntariamente y del cual tampoco son responsables.

Pero semejante situación no se presenta realmente en la práctica. Por las razones que he señalado anteriormente, el incumplimiento estatal, aunque (y porque) es perjudicial para los ciudadanos, resulta muy ventajoso para los financiadores, que ven reducidos sus tiempos y costos de investigación de manera considerable. De este modo, se produce un **excedente de beneficios unilaterales** que permite compensar el daño a los ciudadanos sin ocasionar un daño extra a los financiadores<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> David Resnik ha justificado las ganancias de las compañías farmacéuticas apelando al el carácter “altamente riesgoso” que la investigación en salud presenta para las compañías farmacéuticas. Dados los elevados costos de la investigación, el bajo porcentaje de éxito (sólo 30% de las drogas investigadas son rentables), la fuerte competencia de otras farmacéuticas, y los “tiempos acotados” (?) para el usufructo de las patentes, las enormes ganancias constituyen un incentivo adecuado y una compensación justa para la inversión que realizan (“Developing Drugs...” p. 27). Podría pensarse, en virtud de lo afirmado por Resnik, que las compañías carecen de la libertad necesaria para tomar una decisión menos conveniente económicamente, dado el riesgo de que la competencia feroz las elimine del mercado y las destine a la quiebra. Resulta llamativo, en consecuencia, que pocas páginas antes, Resnik reconozca a la industria farmacéutica como **una de las industrias más rentables de la actualidad**, con márgenes de **ganancias que ascienden al 30%**, aproximadamente. Para tener una idea más clara de lo que esto significa, Resnik mismo nos ofrece otros ejemplos: “una ganancia del 10% es excelente para la

La investigación en salud requiere del esfuerzo de numerosos agentes que participan voluntariamente, cada uno de una manera específica e independientemente de sus objetivos particulares, para el logro de un fin común: la obtención de un conocimiento que contribuirá a mejorar la salud de las personas<sup>47</sup>. La investigación se rige por una lógica utilitarista. Ella pondrá en riesgo la salud de las personas, en tanto que se desconocen todos los efectos de la terapia que se pone a prueba. Sin embargo, este riesgo es necesario para el avance del conocimiento y se justifica solamente si dicho conocimiento producirá beneficios mayores para toda la humanidad que los riesgos que le impone.

En tanto que todos los participantes son igualmente necesarios para alcanzar los fines de la investigación, el resultado obtenido corresponde por derecho a todos los involucrados. John Rawls explica la importancia de la cooperación al dar cuenta de los principios de justicia que deben regir una sociedad: “La idea intuitiva es que, puesto que **el bienestar de todos depende de un esquema de cooperación sin el cual ninguno podría llevar una vida satisfactoria**, la división de ventajas debería ser tal que suscite la cooperación voluntaria de todos los que toman parte en ella, incluyendo a aquellos peor situados”<sup>48</sup>.

Por otra parte, apelar a la cooperación permite responder a algunos problemas relacionados con la demarcación de la responsabilidad de las compañías farmacéuticas frente a los sujetos de investigación. La atribución de responsabilidad a las compañías farmacéuticas debe cumplir con los siguientes requisitos para poder dar lugar a obligaciones exigibles dentro del marco acotado de la ética de la investigación. Dicha atribución debería:

---

mayoría de las industrias. Muchas industrias, como la alimenticia, las prestadoras de servicios, o la industria textil operan con ganancias que son 5% más inferiores” (p.13). En *The Truth About the Drug Companies...*, Marcia Angell analiza detalladamente el supuesto “carácter riesgoso” de la investigación en salud, evaluando detalladamente los argumentos de la industria y poniendo en evidencia lo desmesurado de sus ganancias.

<sup>47</sup> Me permito recordar al lector que estoy suponiendo aquí que la investigación es beneficiosa para la comunidad en la que se realiza y que se espera que ella aporte un conocimiento sustantivo, es decir, que no se trata de un estudio destinado a desarrollar una copia “*me too*”. *Vide supra*, n. 36.

<sup>48</sup> John Rawls, *Teoría de la Justicia*, 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2003, p.27, énfasis añadido.

- (a) reconocer claramente los **sujetos de responsabilidad**, es decir, atribuir a **las compañías farmacéuticas** que llevan a cabo la investigación una responsabilidad directamente relacionada con esta empresa.
- (b) reconocer como **beneficiarios** de las obligaciones de las compañías farmacéuticas a **los sujetos y las comunidades** directamente involucradas en la investigación.
- (c) explicar el **carácter de las obligaciones** que surgen de la investigación, es decir, explicar por qué estas obligaciones deben relacionarse con las prestaciones de salud de los sujetos y las comunidades beneficiadas.
- (d) establecer la **magnitud de las obligaciones**, es decir, ofrecer un criterio que permita exigir a las compañías beneficios para los sujetos y las comunidades acordes con la investigación.

Al centrarnos en el carácter cooperativo de la relación que la investigación biomédica establece entre tres agentes (el Estado, las compañías farmacéuticas y los sujetos de investigación), (a) la responsabilidad de suplir las falencias del Estado puede asignarse a las compañías farmacéuticas en virtud del **beneficio que ellas obtienen** por su participación en la relación y, fundamentalmente, por el beneficio que obtienen **gracias al daño** que el incumplimiento estatal impone sobre los sujetos de investigación. Paralelamente, (b) se puede reconocer a los sujetos de investigación y a las comunidades en las que ésta se realiza como beneficiarios de las obligaciones de las compañías farmacéuticas porque son ellos los afectados por las condiciones que les permiten a las compañías obtener un beneficio extra en la investigación. Así, los beneficios que las compañías obtienen de la investigación sólo son posibles por la desventaja en la que se encuentran los sujetos de investigación. **Son, pues, estas desventajas las que deben ser compensadas.**

A partir de esta última exigencia es posible explicar (c) por qué las exigencias sobre las compañías deben **centrarse en el cuidado de la salud de las personas, si bien exceden este campo**. Las obligaciones que se impongan sobre las compañías farmacéuticas deben apuntar a subsanar las desventajas en las que se encuentran las poblaciones debido a las deficiencias estatales y que dan lugar a términos injustos de cooperación. En tanto que el incumplimiento del Estado afecta, en primer lugar, la salud de sus ciudadanos, es ésta

la que debe constituirse en la preocupación principal de quien busque establecer términos justos de cooperación entre las partes. Sin embargo, es necesario señalar que las circunstancias de las que las farmacéuticas sacan ventaja no se deben exclusivamente al deficiente estado de salud de las personas, sino también a la condición de vulnerabilidad general en la que se encuentran debido a la pobreza imperante en los países en desarrollo. En este sentido, puede considerarse que las obligaciones de los investigadores exceden la sola satisfacción de las necesidades de salud y pueden apuntar, también, a la satisfacción de otras necesidades básicas de la población en la que llevan a cabo sus estudios.

Asimismo, (d) la magnitud de las obligaciones de las compañías farmacéuticas dependerá del beneficio que ellas obtengan de la cooperación. Si el beneficio que ellas obtienen es muy grande en comparación con el que podrían obtener en situaciones justas de cumplimiento total, puede suponerse que el daño que el Estado infringe a los sujetos es altamente relevante para la obtención de dicho beneficio<sup>49</sup>. La exigencia de compensación, pues, será proporcional a las ventajas que puedan obtenerse de la cooperación.

## Conclusión

He intentado apoyar la pretensión de que, al menos en el caso de la investigación en salud, existen razones de peso para imponer sobre ciertos agentes no estatales cargas destinadas a compensar las deficiencias del Estado en lo referente a la satisfacción del derecho a la salud de sus ciudadanos. He mostrado que existen agentes capaces de compensar las falencias gubernamentales que obtienen beneficios excesivos e ilegítimos a partir de ellas y es justo, entonces, exigir que esos beneficios sean compensados, en orden de disminuir las

---

<sup>49</sup> En “Under what conditions...”, Angela Ballantyne calcula que, dadas las ventajas de realizar la investigación en los países en desarrollo, es factible exigir hasta un 30% del costo de la investigación en beneficios para los sujetos y la comunidad. Los cálculos de Ballantyne, sin embargo, sólo se basan en los **costos** de la investigación. Como he señalado anteriormente, la investigación en los países en desarrollo no sólo permite disminuir costos bajando la calidad del tratamiento, sino que permite, además acortar notablemente los tiempos de investigación. Si tenemos en cuenta que la reducción de los tiempos de investigación, los beneficios que las compañías farmacéuticas obtienen son incluso mayores, lo cual apoyaría incluso cálculos más ambiciosos.

---

injusticias en las que se originan. Así, espero haber contribuido a mostrar que el goce de los beneficios obtenidos mediante la investigación en salud debería ser una razón de peso para involucrar a las empresas privadas en la compensación de ciertas necesidades básicas. Probablemente, estas conclusiones sean extrapolables también a otros ámbitos, en tanto que la investigación en salud es sólo uno de muchos ejemplos de colaboración social.

# EDUCACIÓN

## Indicadores del derecho a la educación

*Katarina Tomasevski\**

### Introducción

Es una obviedad que las estadísticas revelan mucho, pero esconden lo que realmente necesitamos saber. Ello es particularmente cierto para el caso de las estadísticas en el área de la educación, observadas desde la óptica de los derechos humanos. Las estadísticas operan con promedios, mientras que la normativa de derechos humanos postula el derecho igual a la educación para todos y todas. Un promedio nacional sobre educación secundaria podrá verse bien, mientras esconde, detrás de los logros de una minoría privilegiada, a todos aquellos que carecen de acceso a la educación. Los promedios estadísticos camuflan todo tipo de falencias en cuestiones de género, raza, etnia o lengua, las cuales son cruciales desde la perspectiva de los derechos humanos, pues tales faltas suelen corresponder a discriminaciones internacionalmente prohibidas. No hay estadísticas internacionales sobre discriminación racial, étnica, religiosa o lingüística en el área de la educación, mientras se reúnen datos en sólo algunos países. El incremento de la disponibilidad de datos sobre disparidades de género en el área de la educación señala la importancia del compromiso gubernamental. El consenso global sobre su eliminación ha sido el principal incentivo para la compilación de estadísticas para la vigilancia.

Además, incluso en los países más ricos del mundo, no todos los niños en edad escolar gozan de su derecho a la educación. Las estadísticas revelan el porcentaje de niñas y niños no matriculados<sup>1</sup>,

---

\* Profesora de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad de Lund, Suecia. Ex Relatora de las Naciones Unidas para el Derecho a la Educación.

<sup>1</sup> La tasa de matriculación de niños entre 5 y 14 años en países de la OCDE asciende al 98%, lo cual significa que ya “falta” un porcentaje del 2% en el primer momento de la matriculación, mientras que un porcentaje mucho mayor de niños falta a clase o no completa los estudios. Estos niños “faltantes” suelen ser inmigrantes, pertenecen a minorías o son discapacitados, aquellos que cada vez más se definen como víctimas de la exclusión social. *Education at a Glance: OECD Indicators*, París, 2001, Pág. 1.

pero nada nos dicen sobre quiénes son y de dónde provienen, ni por qué no se han matriculado. En países y comunidades pobres, muchos niños nunca se han matriculado. Faltan entre 100 y 140 millones. La identificación de la pobreza como la causa principal de la existencia de tantos niños y niñas que no asisten a la escuela es insuficiente desde la perspectiva de los derechos humanos. Desconociendo la prioridad de los derechos humanos en la distribución de los recursos disponibles<sup>2</sup>, en muchos países pobres el presupuesto militar excede el de educación. La incidencia de la pobreza en la educación es variable. Las niñas son afectadas de modo diferente de los niños, y raramente se les da prioridad cuando los recursos son escasos. Las minorías y los niños y niñas indígenas suelen ser afectados desproporcionadamente, como asimismo ocurre con los discapacitados. Indicadores de derechos humanos pueden y deben medir el grado de adecuación de las políticas y prácticas educativas al derecho internacional de los derechos humanos. El sentido de precisión que se asigna a los números hace que se considere como importante todo lo que es mensurable. Todo lo que no lo es, carecería de importancia. Por ende, tornar mensurables a los derechos humanos contribuirá a la elevación de su estatus las estrategias educativas, tanto globales como nacionales.

La creación de indicadores de derechos humanos es propiciada por el compromiso internacional por una educación basada en derechos. El Informe Global 2003/4 sobre Educación para Todos (EFA, *Education for All*)<sup>3</sup> ha incluido a los derechos humanos para enfatizar su importancia en la consecución de la educación para *todos y todas*. En efecto, el compromiso por una educación inclusiva, gratuita y de calidad es compartido por la EFA y el derecho internacional de los derechos humanos. El Marco de Dakar para la Acción ha reafirmado en el año 2000, que la educación es un derecho fundamental, y ha subrayado la importancia de una acción gubernamental basada en los derechos en la implementación de la EFA. Tal reafirmación del derecho a la educación se sustenta en el

---

<sup>2</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga a los Estados partes adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos de que disponga” para lograr la plena efectividad de los derechos humanos.

<sup>3</sup> *Gender and Education for All: The Leap to Equality. EFA Global Monitoring Report 2003/4*, UNESCO, Paris, 2003, disponible en [www.unesco.org/education/efa\\_report](http://www.unesco.org/education/efa_report).

derecho internacional. Implementar esto significa integrar los derechos humanos en toda política educativa y en todos los niveles, locales y globales, enfatizando la “centralidad de los derechos humanos en todas las actividades”<sup>4</sup>. Puentes conceptuales entre derechos humanos y educación, entre economía de la educación y economía de los derechos humanos, pueden derivarse de los objetivos compartidos en torno a la educación para todos y todas, la erradicación de la pobreza y la igualdad de género. Junto a la igualdad de género, el MDG (*Millennium Development Goals*, Metas para el Milenio) ha señalado, en particular, a la educación primaria para todos y todas, y la disminución de la tasa de desempleo para los jóvenes de 15 a 24 años de edad. La educación es entonces no sólo un fin en sí mismo, sino también un medio para el logro de muchos otros objetivos globalmente consensuados. El derecho internacional de los derechos humanos constituye un marco ya listo para evaluar el progreso en la consecución de estos objetivos, toda vez que define las metas, los propósitos y los métodos de la educación, para permitir que todos y todas disfruten todos los derechos humanos.

Los derechos humanos se fundamentan en el Estado de derecho. Por ende, los indicadores deberán captar el grado de compromiso y capacidad de los gobiernos para traducir lo normativo a la realidad. El derecho internacional de los derechos humanos está constituido por una red de tratados que regulan la educación, señalando estándares mínimos que deberán cumplirse en todo el mundo. Éstos han sido incorporados a las constituciones y legislaciones nacionales de la mayoría de los países. Los tratados globales y regionales sobre derechos humanos señalan a la educación como un derecho civil, cultural, económico, social y político. En suma, se ha configurado un amplio marco jurídico internacional. Este trabajo se propone sintetizar sus normas clave con el fin de señalar el núcleo común del derecho a la educación, el que deberá traducirse en indicadores.

La realización del derecho a la educación es un proceso continuo, por ello requiere de medición también continua. La información cuantitativa y cualitativa disponible en cada país individual varía, como asimismo los enfoques. En algunos países la educación

---

<sup>4</sup> Asamblea General, *Road map towards the implementation of the United Nations Millennium Declaration: Report of the Secretary General*, U.N. Doc. A/56/326, Párr. 201.



pertenece al gobierno central, mientras que otros la han descentralizado. La educación ha sido obligatoria en algunos países por mucho tiempo, mientras que otros ya no pueden hacerlo. El progreso respecto del cumplimiento de un conjunto mínimo de obligaciones gubernamentales deberá valorarse tomando en consideración las experiencias de los distintos países dentro del marco común internacional. Este marco común consiste en un núcleo de contenidos del derecho a la educación, que se refleja en obligaciones de los gobiernos. Éstas consisten en volver a la educación asequible, accesible, aceptable y adaptable<sup>5</sup>. Estos mínimos son complementados con recomendaciones sobre los mejores abordajes para la superación de problemas clave de derechos humanos, desarrollados mediante la aplicación de la normativa en derechos humanos en todas partes del mundo. Además, algunas normas del derecho internacional de los derechos humanos ya han sido incorporadas en estrategias educativas globales, como por ejemplo la eliminación de discriminación de género. En el caso de muchas otras cuestiones de derechos humanos, las estrategias y los indicadores aún están por hacerse. Por ejemplo, hay poca orientación sobre los derechos y libertades de los maestros en las estrategias educativas globales, a pesar de que no es posible la educación sin ellos. Asimismo, poca orientación hay en materia de educación religiosa, ni se cuenta con información internacionalmente comparable, a pesar de la importancia de la cuestión y su carácter controversial. Por ello, la normativa de derechos humanos es un útil complemento para las estrategias educativas, a través de la clarificación de soluciones basadas en derechos para problemas globales.

Más aún, el principio de indivisibilidad de los derechos humanos requiere la valoración del impacto de la educación en *todos* los derechos y libertades. La consideración de la educación como medio para la reducción de la pobreza requiere la valoración de su impacto en la capacidad de encontrar o crear empleo una vez finalizada la escolarización. Así, la cantidad, calidad y orientación de la educación deberán evaluarse con la vara de la indivisibilidad de los

---

<sup>5</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Informes de la Relatora Especial, Katarina Tomasevski*, E/CN. 4/1999/49, Párrs. 51-74; E/CN. 4/2000/6, Párrs. 32-65, y E/CN. 4/2001/52, Párrs. 64-65. Todos los informes están disponibles en inglés en [www.right-to-education.org](http://www.right-to-education.org).

derechos humanos. El enfoque habitual de la educación primaria no podrá conseguir la reducción de la pobreza si la escolarización alcanza sólo 3 o 4 años. Las investigaciones muestran que son necesarios al menos 5 años de escolaridad para que quienes finalicen la escuela no vuelvan a caer en el analfabetismo. Luego de 3 ó 4 años, aquellos que dejan la escuela son aún demasiado jóvenes para trabajar. Donde la educación primaria es considerada simplemente como una etapa previa para la educación media y superior, no se orienta a la provisión de habilidades para todos aquellos que no pueden continuar sus estudios. También, la educación es la principal forma institucional de socialización de los niños, y la transmisión de valores a las nuevas generaciones que ella realiza es fundamental para toda sociedad. El rol de la educación en la lucha contra la exclusión social y en la prevención de conflictos es demasiado importante para ser dejado fuera de la medición. La obviedad de que una educación segregada genera sociedades fragmentadas plantea la difícil cuestión de cómo conciliar la libertad de los padres y las comunidades de educar a “sus” chicos y chicas, con la necesidad de educar a todos los niños y niñas juntos para crear sociedades inclusivas.

### **Compromiso con el derecho a la educación**

Es tan habitual como erróneo representarse a las estadísticas educativas como indicadores del derecho a la educación. Donde la educación se compra y se vende, se adquiere por un precio, constituye un servicio regulado por el derecho comercial, no por el derecho público de los derechos humanos. El acceso a la educación reflejará entonces el poder adquisitivo de los individuos, no sus derechos. Si la educación se impone a los jóvenes para forzarles a adoptar una lengua extranjera o una ideología, representa una violación de derechos humanos. Los chicos y chicas podrán estar en la escuela, y las estadísticas lucirán bien, pero si son forzados a alterar su identidad o, peor aún, si la “educación” se adecúa a la definición de genocidio<sup>6</sup>, los datos cuantitativos sobre educación

---

<sup>6</sup> La Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio incluye el “traslado por fuerza de niños de un grupo a otro grupo” como intento de destrucción de un grupo nacional, étnico, racial o religioso en la definición de genocidio (la Convención fue adoptada por la Asamblea General por Resolución 260 A [III] un día antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 9 de diciembre de 1948, y entró en vigencia el 12 de enero de 1951).

esconderán una genuina violación de derechos humanos. Todos los aspectos de la educación deberán tomarse en consideración a la hora de discernir si la educación se ajusta a los derechos humanos, y evaluar qué debería hacerse para asegurarlo. La información necesaria para el diagnóstico y la medición deberá indagar *todas* las obligaciones gubernamentales concernientes a derechos humanos para identificar y contrarrestar los procesos y estructuras que generan los problemas.

Las obligaciones en materia de derechos humanos conciernen a todos los sectores del gobierno, más allá de la división horizontal o vertical de poderes y responsabilidades que haya. Los mismos deben ser coherentes normativa e institucionalmente, toda vez que los derechos humanos están interrelacionados e interdependientes. El marco jurídico de la educación, a consecuencia de los derechos y libertades de derechos humanos que supone, implica todo un conjunto de obligaciones gubernamentales. La simetría entre derechos humanos y obligaciones estatales los hace sostenibles.

Horizontalmente, la educación es un sector específico, pero las dimensiones de derechos humanos que le corresponden son abarcadas por múltiples instituciones gubernamentales y públicas, desde el empleo y/o trabajo a las finanzas, desde la inmigración al género. Como puede observarse en los informes estatales bajo los tratados de derechos humanos, más de una docena de ministerios y agencias públicas están involucradas en la auto-evaluación de los gobiernos. De esta manera, toda la gama de sectores y de cuestiones inter-sectoriales serán abarcados por los indicadores de derechos humanos. Verticalmente, la gobernación de la educación abarca todos los niveles, desde lo global a lo local. Las estrategias educativas globales y las políticas financieras afectan la educación en todos los países en vías de desarrollo y –especialmente– en los países endeudados, a pesar de que frecuentemente operan con propósitos múltiples. Las estrategias financieras globales pueden impedir la realización del derecho a la educación, razón por la cual los indicadores del derecho a la educación serán una poderosa herramienta para su modificación.

Justamente, el derecho a la educación exhibe el inter-juego entre dos procesos, de globalización y de localización. En la mayoría de los países federales, la educación corresponde a la competencia de las autoridades regionales o locales, y la tendencia actual a la

descentralización también incluye la privatización. La globalización afecta especialmente a los niveles más altos de la pirámide educativa, mientras que la educación primaria exhibe la tendencia contraria a la localización. Así, las lenguas y costumbres locales se transmiten de generación en generación como garantía básica contra su desaparición. Sin embargo, hacer económicamente responsables a las familias y comunidades locales de la educación de sus niños y niñas agravará las inequidades si no se dispone de financiación complementaria para los más pobres. Las estrategias educativas y las asignaciones presupuestarias deben reforzarse mutuamente, aunque a menudo no lo hacen. El diseño de indicadores capaces de captar esta discordia es tan importante, como retrasado aún.

La creación de indicadores es también una forma de ampliación del Estado de Derecho<sup>7</sup> para que abarque las políticas macro-económicas y fiscales. A nivel nacional, la solidaridad es reforzada a través de la obligación de pagar los impuestos, donde la educación es financiada. A nivel internacional, la universalidad del derecho a la educación se basa en la cooperación internacional, de manera de igualar oportunidades para el disfrute del derecho de la educación, asignando recursos adicionales a los países, comunidades y familias más pobres. La obligaciones gubernamentales van mucho más allá de la ley, dado que las políticas macro-económicas y fiscales pueden poner en peligro, o incluso abrogar, los derechos individuales.

Las garantías efectivas para la educación como derecho humano varían mucho de país a país. A pesar de que el conjunto de obligaciones internacionales son vinculantes en la mayoría de los estados, el grado de compromiso es variable. La ratificación de tratados de derechos humanos es tomada frecuentemente como indicador de compromiso<sup>8</sup>, pero las diferencias son notables.

---

<sup>7</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos considera esencial “que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho”, en alemán *Rechtsstaat*, en inglés *the rule of law*, aquí “el Estado de Derecho”.

<sup>8</sup> La adherencia formal a tratados de derechos humanos es la más sencilla de registrar y tabular, la información es de fácil acceso desde múltiples fuentes. La lista de las ratificaciones de todos los tratados que se refieren al derecho a la educación, incluyendo las reservas, puede hallarse en [www.right-to-education.org](http://www.right-to-education.org). El listado permite la inmediata identificación de los gobiernos que no han aceptado determinados tratados, o determinadas partes, lo que indica su falta de compromiso. Sin embargo, ello no revela el grado de compromiso real (no sólo formal) de aquellos estados que han ratificado todos los tratados, sin oponer reservas respecto de las cláusulas concernientes al derecho a la

Algunos países han incluido en sus constituciones cláusulas sobre asignaciones presupuestarias para la educación, garantizando el 25% del presupuesto o el 6% del PBN; otros no han todavía definido garantías formales o legales para el presupuesto del derecho a la educación. Algunos países aseguran la educación pública para todos los niños y niñas en edad escolar, mientras otros han incluso especificado medidas prácticas para superar la discriminación y la exclusión. Otros han creado instituciones encargadas de medir el cumplimiento de los derechos humanos, capaces de hacer recomendaciones, o incluso ordenar correctivos que pueden ser necesarios en la educación. Así, los niños privados de educación pueden obtener ayuda en comisiones nacionales de derechos humanos, defensorías del pueblo, o a través de un *ombudsman* de los niños. Los componentes específicos del compromiso<sup>9</sup> –o la falta de él– deberán entonces identificarse y definirse, de manera tal que puedan ser captados mediante los indicadores apropiados.

### 1. Obligaciones gubernamentales en materia de derechos humanos

Las dos fuentes principales de derecho internacional son los tratados, mediante los cuales los Estados asumen compromisos jurídicos, y la práctica de los Estados<sup>10</sup>. El derecho a la educación

---

educación. Las constituciones, las leyes como así también las políticas educativas y las prácticas reales revelan una enorme variedad respecto de la existencia o ausencia de garantías efectivas para el derecho a la educación.

<sup>9</sup> La falta de compromiso con el derecho a la educación ocurre cuando el principal obligado, es decir el estado, no logra soportar sus objetivos (especialmente, educación gratuita y obligatoria para todos los niños en edad escolar), o no cumple con la prioridad del derecho a la educación en las previsiones presupuestarias (que traduce obligaciones legales y políticas en compromisos fiscales), ni organiza los medios adecuados para la progresiva realización del derecho a la educación (como por ejemplo hacer gratuita la educación no obligatoria según lo permitan las circunstancias).

<sup>10</sup> A pesar de que la lista de fuentes del derecho internacional, Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, contempla “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”, además de las convenciones internacionales, existe la tendencia en la literatura de derechos humanos a focalizar exclusivamente los tratados de derechos humanos, lo cual no provee una base adecuada para la creación de indicadores porque la adhesión formal a los tratados puede no traducir las garantías de derechos humanos en derechos efectivos. La segunda fuente principal de derecho internacional, las prácticas de los estados, necesita entonces evaluarse para identificar los elementos principales a través de los

está previsto en los cinco instrumentos internacionales de derechos humanos más importantes, y todos los Estados del mundo son parte en al menos uno de ellos<sup>11</sup>. Estos tratados definen diferentes aspectos del derecho a la educación: como derecho civil y político, económico, social y cultural, y también como un derecho de todo niño y niña; asimismo enfatizan la no-discriminación como el principio de los derechos humanos. El gran número de Estados partes confirma su aceptación global<sup>12</sup>.

La puesta en práctica del sistema global de derechos humanos en las distintas partes del mundo nos provee una rica fuente de experiencia. Este campo, a través de las décadas, ha revelado las mejores maneras de traducir a la práctica los requerimientos en materia de derechos humanos en las diferentes regiones y países del mundo. Así como los derechos humanos son universales, también lo son los problemas. La existencia de toda una red de tratados internacionales de derechos humanos, su aceptación por la gran mayoría de los países del mundo, y su puesta en práctica en todos los rincones del planeta, constituye una fuente común de conocimiento y experiencia para el diseño de indicadores.

La ley es simétrica. A los derechos humanos corresponden obligaciones estatales. Aquellas que nacen del derecho a la educación pueden ser fácilmente organizadas en un esquema de 4-A:

- *Asequibilidad* significa dos obligaciones estatales: como derecho civil y político, el derecho a la educación demanda del gobierno la admisión de establecimientos educativos que respeten la

---

cuales las obligaciones internacionales se transforman en específicos y exigibles derechos humanos.

<sup>11</sup> Una lista detallada y los partes relevantes de los tratados de derechos humanos vinculados al derecho a la educación no se incluyen en el presente trabajo por razones de espacio. Pueden encontrarse en Tomasevski, K., *Manual on Rights-based Education: Global Human Rights Requirements Made Simple. Collaborative project between the UN Special Rapporteur on the right to education and UNESCO Asia and Pacific Regional Bureau for Education*, UNESCO Bangkok, 2004.

<sup>12</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño tiene el mayor número de ratificaciones, 192, seguido de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, con 174, y luego la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, con 166 ratificaciones. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuenta con 149 ratificaciones, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con 146 ratificaciones.

libertad *de* y *en* la educación. La educación como derecho social y económico significa que los gobiernos deben asegurar que haya educación gratuita y obligatoria para todos los niños y niñas en edad escolar. Como derecho cultural, significa el respeto a la diversidad, en particular, a través de derechos de las minorías y de las indígenas.

- *Acceso* tiene distintas modalidades en cada nivel educativo. El derecho a la educación debe ser realizado progresivamente, asegurando la educación gratuita, obligatoria e inclusiva, lo antes posible, y facilitando el acceso a la educación post-obligatoria en la medida de lo posible. El estándar global mínimo exige de los gobiernos la educación gratuita para los niños y niñas en edad escolar. La educación media y superior son servicios comerciales en muchos países, aunque algunos todavía las garantizan como un derecho humano. La educación obligatoria debe ser gratuita, mientras que la post-obligatoria puede prever algunas cargas, cuya magnitud puede valorarse según el criterio de la capacidad adquisitiva.
- *Aceptabilidad* engloba un conjunto de criterios de calidad de la educación, como por ejemplo, los relativos a la seguridad y la salud en la escuela, o a las cualidades profesionales de los maestros, pero va mucho más allá. El gobierno debe establecer, controlar y exigir determinados estándares de calidad, se trate de establecimientos educativos públicos o privados. El criterio de aceptabilidad ha sido ampliado considerablemente en el derecho internacional de los derechos humanos. Los derechos de las minorías y de indígenas, han dado prioridad a la lengua de la instrucción. La prohibición de los castigos corporales ha transformado la disciplina en la escuela. La niñez como titular del derecho *a* la educación y *en* la educación, ha extendido las fronteras de la aceptabilidad hasta los programas educativos y los libros de texto, como también a los métodos de enseñanza y aprendizaje, que son examinados y modificados con el objeto de volver la educación aceptable para todos y todas.
- *Adaptabilidad* requiere que las escuelas se adapten a los niños, según el principio del interés superior del niño de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esto revoca la tradición de forzar a los niños a adaptarse a cualesquiera condiciones la escuela hubiese previsto para ellos. Dado que los derechos humanos son

indivisibles, deben establecerse salvaguardas para garantizar todos los derechos humanos *en* la educación, de modo de adaptar progresivamente a la educación a todos los derechos humanos. Más aún, el derecho internacional de los derechos humanos prevé como un objetivo principal la promoción de derechos humanos *a través de* la educación. Ello supone un análisis inter-sectorial del impacto de la educación en todos los derechos humanos.

Cuadro N° 1, Medición y vigilancia del grado de la realización del derecho a la educación, presenta un esquema de requerimientos principales que surgen del derecho internacional de los derechos humanos, y fuentes de la información cuantitativa y cualitativa que se precisa para su vigilancia.



**Cuadro 1: Medición y vigilancia del grado de la realización del derecho a la educación**

CAMPOS CLAVES	EL MARCO BÁSICO DE LAS OBLIGACIONES GUBERNAMENTALES	MATRIZ PARA RECABAR INFORMACIÓN
ASEQUITIBILIDAD	<p>Obligación de asegurar que la educación gratuita y obligatoria esté asequible para todos los chicos y chicas en edad escolar</p> <p>Obligación de garantizar la elección de los padres en la educación de sus hijos e hijas, y la libertad para establecer y dirigir instituciones de enseñanza</p>	<p>Variaciones en el plano normativo interno relativas a la granitud y obligatoriedad de la educación</p> <p>Respaldo jurídico y recurso efectivo para la libertad de la educación y en la educación</p>
ACCESIBILIDAD	<p>Obligación de eliminar todas la exclusiones basadas en los criterios discriminatorios actualmente prohibidos (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional, origen étnico, origen social, posición económica, discapacidad, o nacimiento)</p> <p>Obligación de la identificación de los obstáculos que impiden el disfrute del derecho a la educación</p>	<p>Faltar las estadísticas acerca del patrón cambiante de la exclusión por motivos de discriminación; una cuantificación de las exclusiones es precisa para adoptar medidas correctivas para la inclusión progresiva de todos los previamente excluidos</p> <p>Prioridad a la erradicación de la exclusión (los abandonados, afectados por la guerra, casados, delincuentes, detenidos, discapacitados, extranjeros, huérfanos, indocumentados, madres adolescentes, nacidos fuera del matrimonio, prostitutas infantiles, sirvientes domésticos, trabajadores, etc.)</p>

*Continúa en la página 353.*

CAMPOS CLAVES	EL MARCO BÁSICO DE LAS OBLIGACIONES GUBERNAMENTALES	MATRIZ PARA RECARBAR INFORMACIÓN
ACEPTABILIDAD	<p>Obligación de proporcionar una educación con determinadas calidades consecuentes con los derechos humanos</p> <p>Obligación de asegurar que los procesos de enseñanza y aprendizaje estén conforme con derechos humanos</p>	<p>Observación y vigilancia de los procesos de adecuación</p> <p>El derecho a un recurso efectivo para todos educadores y educadoras, alumnos y alumnas</p>
ADAPTABILIDAD	<p>Obligación de suministrar una educación extraescolar a los niños y niñas que no pueden asistir a la escuela</p> <p>Obligación de ajustar la educación al interés superior de cada niño y niña</p> <p>Obligación de mejorar todos los derechos humanos a través de la educación, aplicando el principio de indivisibilidad de los derechos humanos</p>	<p>La cobertura debe alcanzar a toda la niñez escolar (los encareñados, niños y niñas trabajadores, etc.)</p> <p>La valoración y defensa de la diversidad como principio rector del modelo educativo</p> <p>Integración de estrategias sectoriales fragmentarias en dirección al fortalecimiento de todos los derechos humanos a través de la educación.</p>

## 2. Los niños como titulares privilegiados del derecho a la educación

A pesar de que el derecho internacional de los derechos humanos define la educación como un derecho humano, y por ende incluye a los adultos como sus titulares, da prioridad a los niños y niñas a través de la obligación gubernamental de asegurar la educación gratuita y obligatoria para todos y todas. El derecho a la educación incluye cuatro actores principales:

- (1) el gobierno obligado a asegurar el derecho a la educación;
- (2) el niño o niña como el titular privilegiado del derecho a la educación, con el deber de educarse porque la educación es obligatoria;
- (3) los padres, que son los “primeros educadores”; y
- (4) los educadores profesionales, es decir, los maestros y maestras, los profesores y profesoras.

No hay derechos si no hay remedios que los aseguren. Por ende, el reconocimiento de derechos individuales para todos estos actores principales significa asimismo el derecho a reclamar por ellos y la existencia de remedios en caso de su violación.

La evolución de los derechos humanos ha sido acompañada en muchos países por una infraestructura institucional para la provisión de remedios. Los procesos judiciales a menudo se han mostrado inadecuados, y por ende se han creado comisiones de derechos humanos, *ombudsmen*, o defensores del pueblo. Muchos de ellos atienden quejas por violaciones de derechos humanos pero también, lo que resulta más importante, trabajan para preverlas. Ello significa la revisión anticipada de legislación nacional y de políticas públicas para evaluar su conformidad con los derechos humanos. Las cortes y las comisiones de derechos humanos se han involucrado en la lucha contra violaciones de los derechos humanos en todas las regiones del mundo. Al contrario de la creencia frecuente de que sólo los derechos civiles y políticos son exigibles, las comisiones de derechos humanos suelen atender muchos casos por violaciones a derechos económicos y sociales, incluyendo el derecho a la educación.

Más aún, la definición convencional de los derechos humanos como salvaguardas contra los abusos de poder de parte del estado es,

en el caso del niño o niña, necesariamente complementada por los deberes que tienen hacia él todos los adultos, particularmente sus padres. Las obligaciones de los padres respecto de sus hijas e hijos son reforzadas mediante la prohibición del abuso y la explotación. El gobierno es responsable de asegurar la plena realización de los derechos del niño, incluyendo la exigencia del cumplimiento de las responsabilidades de los padres respecto de sus propios hijos e hijas. Las responsabilidades del gobierno incluyen también los deberes de todos los adultos, particularmente al pago de impuestos, puesto que la educación pública es generalmente financiada con su recaudación.

En muchos países, los niños no cuentan con la facultad de presentarse frente a las cortes o comisiones de derechos humanos para reivindicar sus derechos. Jurídicamente, son menores. Tampoco están a veces capacitados para denunciar violaciones a sus derechos, aun en caso de que legalmente tuvieran derecho a hacerlo. Es necesaria una reforma del acceso a la justicia en la gran mayoría de los países del mundo<sup>13</sup>. En algunos, un amplio rango de actores está involucrado en la reivindicación de los derechos del niño y niña, desde los padres y los maestros, hasta instituciones especializadas como son los *ombudsmen* de la niñez. Tres características de los derechos de los niños guían este desarrollo:

- En primer lugar, el reconocimiento de los derechos de los niños necesita de la aceptación de parte de todas las autoridades públicas, de los padres y las familias, de toda agencia gubernamental, de profesionales que trabajen con niños, y de la comunidad en general, de sus obligaciones y responsabilidades respectivas.
- Segundo, los derechos de los niños y niñas conciernen a todas las autoridades públicas, toda vez que las políticas macroeconómicas y fiscales pueden socavar las garantías jurídicas formales. Esto es importante porque los niños no son siquiera en teoría económicamente autosuficientes, y dependen de su educación para serlo.

---

<sup>13</sup> El Comité de Derechos del Niño ha reclamado reiteradas veces “un mecanismo independiente para el registro de quejas de los niños respecto de la violación de sus derechos”, recomendando un mecanismo amigable para el niño, acompañado de “una campaña de concientización para facilitar el efectivo uso de los niños de tal mecanismo”. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, Génova y Nueva York, edición revisada, Junio de 2002, Pág. 171.

- En tercer lugar, los niños no tienen el conocimiento, la experiencia ni la capacidad de expresión política suficientes para articular y defender sus derechos. Su estatuto legal pasivo (siendo considerados todavía como objeto de protección, no verdaderos titulares de derechos) y su dependencia económica de los adultos les impide hacer uso efectivo de los mecanismos legales o extra-legales existentes para la protección de sus derechos.

El potencial abuso de poder inherente al estado de vulnerabilidad de los niños y niñas requiere de instituciones públicas especiales que sean creadas *para* los niños, junto con su propio derecho de articular y defender sus derechos. Una variedad de instituciones se han establecido en diferentes países. Esto tiende a modificar la distribución de competencias existente entre las instituciones gubernamentales. Podemos encontrar un rango de cuerpos públicos, uno para la educación, otro que trabaja con niños, otro con mujeres y/o temas de género, y otro separado que se ocupa de los derechos humanos. Este marco institucional vuelve la integración de los derechos humanos en toda la política gubernamental más fácil, y simultáneamente más difícil. Los diferentes cuerpos públicos podrán proveer insumos subrayando dimensiones específicas que deberían integrarse en una estrategia comprensiva. Asimismo, una estrategia única y comprensiva podría ser de difícil implementación cuando coexisten diferentes instituciones gubernamentales y públicas, cada una con competencias limitadas.

### **Asequibilidad de la educación**

El derecho internacional de los derechos humanos define la educación primaria gratuita y obligatoria como una responsabilidad pública. Las previsiones contenidas en los diversos tratados de derechos humanos son similares pero no idénticas, reflejando cambios ocurridos en las pasadas décadas<sup>14</sup>. Con el advenimiento

---

<sup>14</sup> La Convención de la UNESCO contra la Discriminación en la Educación estipula que la educación primaria será gratuita y obligatoria, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice que “la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible para todos gratuitamente”, y la Convención sobre los Derechos del Niño define como obligación del estado “el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular... implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos”. La UNICEF ha interpretado que la Convención sobre los Derechos

del GATS (*General Agreement on Trade in Services*, Acuerdo General sobre la Comercialización de los Servicios), la educación se ha vuelto un servicio comercial. La regulación jurídica del comercio internacional de los servicios educativos reconoce que la educación obligatoria pueda permanecer como un derecho individual y una correlativa obligación estatal, pero admite que los estados individuales regulen los servicios educativos en sus países como actividad comercial, particularmente en los estadios posteriores al ciclo obligatorio<sup>15</sup>.

### **1. Ajustes nacionales al derecho internacional de los derechos humanos**

Diversos son los modelos aplicados en la práctica de los estados a fin de armonizar la normativa internacional con las nacionales. En muchos países no se aplica directamente el derecho internacional de los derechos humanos. El grado en que las constituciones, leyes, políticas públicas y prácticas se han conformado al derecho internacional de los derechos humanos es variable. Las distancias entre los recaudos internacionales y las prácticas nacionales son muchas en todo el mundo. Los estándares internacionales establecen lo mínimo, dejando a los estados la elección del modo de conseguirlos y sostenerlos. El progreso depende del grado de compromiso de cada país, tanto al interior como por fuera del gobierno. Sin perjuicio de que la cooperación internacional ayuda, la experiencia demuestra que sigue siendo todavía decisiva la protección nacional de los derechos humanos.

Las similitudes en los enfoques nacionales se traducen en las previsiones constitucionales. La práctica de los estados refleja el empuje del derecho internacional de los derechos humanos toda vez que la gran mayoría de ellos garantiza el derecho a la educación en

---

del Niño “admite la imposición de tarifas en el caso de las instituciones privadas, los jardines de infantes estatales, escuelas secundarias y universidades”. (*A Decade of Transition*, The MONEE Project CEE/CIS/Baltics, UNICEF Innocenti Research Centre, Florencia, 2001, Pág. 81).

<sup>15</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Informes de la Relatora Especial, Katarina Tomasevski*, U.N. Docs. E/CN.4/2003/9, Párrs. 18-19, y E/CN.4/2002/60, Párrs. 19-21.

sus constituciones<sup>16</sup>. Sin embargo, las constituciones sólo establecen el marco general de las obligaciones del gobierno respecto a la educación. La competencia está dividida entre las administraciones nacionales y locales. Por ende, las diferencias respecto de la realización del derecho a la educación son muchas. Sin embargo, las obligaciones que resultan de los derechos humanos son del Estado, por ende es el gobierno central el que deberá asegurar su implementación en todo el país.

## 2. Obstáculos financieros

Hay una correlación estrecha entre la pobreza de las familias, las comunidades y los países, y la falta de educación de sus niños. Como el derecho internacional de los derechos humanos demanda la educación primaria gratuita para todos, la identificación de obstáculos financieros es crucial hacia su eliminación. La ley no puede obligar a los padres ni a los gobiernos a asegurar la educación si no pueden pagarla. El derecho internacional de los derechos humanos ordena la realización progresiva del derecho a la educación. Ello demanda la provisión de la educación primaria a todos los niños y niñas lo antes posible. Tanto el derecho internacional de los derechos humanos como la EFA requieren planes nacionales de aquellos países que aún no los tienen<sup>17</sup>. La cooperación internacional es necesaria para facilitar este proceso, y es el reflejo de la universalidad del derecho a la educación. El corolario de la universalidad del derecho a la educación es la universalidad de las correspondientes obligaciones gubernamentales, individuales y colectivas.

---

<sup>16</sup> Del relevo de la totalidad de las constituciones escritas, al año 2000, surge que el derecho a la educación está garantizado en las constituciones de 142 países, mientras que 44 no lo hacen. (Comisión de Derechos Humanos, *Informe anual de la Relatora Especial, Katarina Tomasevski*, U.N. Doc. E/CN.4/2001/52, Párrs. 66-67.)

<sup>17</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga a cada parte, que no hubiese podido asegurar la educación primaria gratuita para todos, a que diseñe y adopte un plan de acción detallado para su implementación progresiva. El Marco de Dakar para la Acción contiene una previsión similar, y reconoce que “muchos países actualmente carecen de los recursos para asegurar la educación para todos”, agregando que “ningún país seriamente comprometido con la educación para todos verá frustrado el alcance de sus objetivos por falta de recursos”.

La educación primaria es gratuita porque los niños no pueden ni deben pagarla. Esto está reforzado por la consecuente prohibición del trabajo infantil y la norma correspondiente que vincula la edad mínima para trabajar con la finalización de la escolarización obligatoria. La característica clave de la niñez es no cargar con las responsabilidades de los adultos. Lo cual no significa que la educación será gratuita para los padres, la comunidad, la sociedad o el estado. Todo derecho humano tiene un costo. Las garantías contra la brutalidad policial necesitan de policías bien pagados y bien entrenados; la libertad de información es ilusoria sin fondos para los medios de acceso a la misma y para su difusión. Los servicios que el gobierno debe proveer a toda la población están definidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

La historia ha demostrado que la educación obligatoria debe ser gratuita para incluir a toda la niñez. Si no todas las familias pueden afrontar los gastos de la educación, la obligatoriedad no podrá efectivizarse. En consecuencia, los niños y niñas permanecerían privados de educación, y los países carentes de una población educada. Este consenso global se rompió por las consecutivas crisis económicas de las pasadas tres décadas. A pesar de que los dos pilares del derecho a la educación –gratuidad y obligatoriedad– están previstos en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, no están reflejados en las políticas de las instituciones financieras internacionales<sup>18</sup>.

La variedad lingüística de las diferentes estrategias educativas refleja una discordia subyacente respecto de la definición de la

---

<sup>18</sup> Por ejemplo, el Banco Mundial ha cuestionado que el estado deba proveer educación. “Sin perjuicio de que el estado tenga un rol central en el aseguramiento de la provisión de servicios básicos –educación, salud, infraestructura– no es obvio que el estado deba ser el único proveedor, o siquiera un proveedor” (*World Development Report 1997*, Pág. 27). El Banco de Desarrollo Asiático ha reconocido que la globalización obsta al cumplimiento de la obligación estatal de provisión de la educación primaria gratuita: “La globalización tiende a desviar a los gobiernos de la realización de reformas equitativas, por dos razones principales. La primera es que la globalización incrementa las ganancias para las habilidades de alto nivel, respecto de las de bajo nivel, reduciendo la complementariedad entre reformas tendientes a la equidad y las tendientes a la competitividad. La segunda radica en que la mayoría de los países en desarrollo y en muchos países desarrollados, las reformas financieras dominan el cambio educativo en el nuevo contexto de economía globalizada, y tales reformas tienden a incrementar la inequidad en el otorgamiento de servicios de educación”. (*Key Indicators 2003, Special chapter: Education for global participation*, 2003, Pág. 43).



educación. Los economistas definen a la educación como la producción eficiente de capital humano. Definir a la gente como capital humano obviamente difiere de considerarla como sujeto de derechos. Las diferencias entre capital humano y derechos humanos se ven bien ilustradas en la consideración de los niños y niñas con discapacidades físicas y cognitivas, por ejemplo. Estos niños y niñas quedan excluidos de la escuela porque la provisión de una silla eléctrica es considerada demasiado cara, o porque de la inversión para la atención a sus problemas de aprendizaje no resultará la suficiente ganancia. Esta lógica desafía el núcleo de los derechos humanos, es decir, el valor igual de todos los seres humanos, como también educación *para todos*. Las divergencias terminológicas y los conceptos subyacentes demuestran la necesidad de integrar a los derechos humanos en toda política pública que pueda afectar a la educación, sea global o local, macro-económica o fiscal, de manera de facultar la vigilancia continua.

La discordia global conduce a estrategias bifurcadas: los organismos financieros internacionales incluyen tarifas<sup>19</sup> a la educación pública (a las que denominan “compartir los costos”) entre las condiciones de la financiación para el desarrollo, contradiciendo las normas jurídicas que prevén que al menos la educación obligatoria debe ser gratuita. En los 80s, préstamos para la educación otorgados por el Banco Mundial incluyeron la “recuperación de costos”<sup>20</sup>, que se tradujo en la imposición de tarifas escolares, lo cual obstruyó la escolarización de niños y niñas cuyos padres no eran capaces de afrontarlas. Esto mereció denuncias desde tanto la perspectiva de derechos humanos como la de reducción de la pobreza<sup>21</sup>. La abolición de tarifas escolares implicó enormes e inmediatos incrementos en la matriculación en la escuela primaria (en Uganda, Tanzania o Kenya, por ejemplo) y la disminución de las presiones de la deuda ha facilitado este cambio<sup>22</sup>. Los informes periódicos de los gobiernos correspondientes a los

---

<sup>19</sup> El vocabulario de la compra-venta de la educación pública que debe ser –pero no está– gratuita engloba una terminología variada, como derechos académicos, derechos de la matrícula, pensiones, contribuciones, etc.

<sup>20</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Informe anual de la Relatora Especial, Katarina Tomasevski*, U.N. Doc. E/CN. 4/2000/6, Párrs. 45-55.

<sup>21</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Informe anual de la Relatora Especial, Katarina Tomasevski*, U.N. Doc. E/CN. 4/2001/52, Párrs. 31-41.

<sup>22</sup> Tomasevski, K., *El asalto a la educación*, Oxfam-Intermón, Barcelona, 2004, pp. 184-196.

tratados de derechos humanos mencionan rutinariamente los programas de ajuste estructural como las razones de su incapacidad de asegurar la educación gratuita. La discrepancia entre las demandas legales y las fiscales ha sido puntualizada por el Banco Mundial: “Muy pocos países compilan información sobre el pago de las tarifas, generalmente al sector público, incluso cuando se trata de tarifas comunes, a menudo a causa de que las mismas son formalmente inconstitucionales, o técnicamente ilegales”<sup>23</sup>. Al cambio de milenio, ha habido un retorno del consenso previo global respecto de que al menos la educación obligatoria debe ser gratuita.

### **3. El balance entre derechos y libertades: ¿la educación común o segregada, pública o privada?**

Las obligaciones gubernamentales incluyen la disponibilidad de la educación como el respeto de la libertad de los padres de elegir la educación de sus hijos e hijas. La educación obligatoria significa el poder del estado de imponer, regular, y controlar la educación. Como todo poder del estado, la educación necesita de protección de los derechos y libertades individuales. La libertad de elección de los padres ha sido el contrapeso de la imposición de educación pública uniforme desde el inicio del derecho internacional de los derechos humanos. Las salvaguardas de los derechos humanos están orientadas al balance del derecho del estado de obligar a los niños y niñas a ser educados y educadas, y el derecho de sus padres de optar fuera del alcance de la escolarización estatal obligatoria. En efecto, la educación obligatoria es tanto un derecho como un deber de los niños. Tal deber se justifica desde la perspectiva del interés superior del niño. La Declaración de Derechos del Niño de 1959 estableció el derecho de los niños a ser educados<sup>24</sup>, articulando la visión del niño como receptor pasivo de la educación, más que como titular del derecho a la educación.

El corolario de la obligación gubernamental de volver la educación obligatoria es el deber de los niños y niñas de ir a la

---

<sup>23</sup> Banco Mundial, *User Fees in Primary Education*, documento de trabajo, Febrero de 2002.

<sup>24</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 1386 (XIV) del 20 de Noviembre de 1959, principio 7°.

escuela. El respeto de la libertad de los padres de optar por una educación en conformidad con sus convicciones religiosas, morales o filosóficas, está afirmado en el derecho internacional de los derechos humanos y es exigible en la mayoría de los países, como también internacionalmente. Los derechos de los padres no pueden abrogar el derecho a la educación del niño y niña. En caso de conflicto entre los derechos de los padres y el interés superior del niño, este último prevalece<sup>25</sup>. La elección de los padres apunta a limitar el monopolio estatal sobre la educación, para asegurar la libertad y el pluralismo en la educación.

Las constituciones y legislaciones nacionales siguen distintos enfoques. Algunos definen la educación como un derecho y un deber, otros sólo regulan la libertad de las comunidades o las familias de educar a sus niños sin afirmar los derechos de los niños y niñas frente al Estado. Hacer obligatoria la educación para todos los niños y niñas de un determinado rango de edad –*de facto*, no sólo *de jure*– exige la disponibilidad de suficientes escuelas, la eliminación de los obstáculos al acceso a ellas, la percepción de los padres (y de los niños) de la utilidad de la educación. La educación es obligatoria en casi todos los países del mundo, pero su duración varía de 4 a 13 años<sup>26</sup>. Esta brecha refleja la variable voluntad y capacidad de los gobiernos para asegurar que todos los niños y jóvenes completen una determinada cantidad de escolarización. El mínimo global va más allá de la educación misma, hasta la educación como medio de erradicación de la pobreza. Ello fusiona dos Objetivos del Milenio: la finalización de la educación primaria y la prevención del desempleo entre los jóvenes de 15 a 24 años, postulando que “la

---

<sup>25</sup> Dado que el proceso de decisión está dividido entre los padres y el Estado, cada parte podría reclamar la representación del interés superior del niño, pero los adultos a menudo concuerdan entre ellos respecto de cuáles pueden ser los intereses superiores del niño.

<sup>26</sup> El cambio de vocabulario en las estrategias globales de educación, evidenciada en diferencias entre educación “básica” y educación “primaria”, no ha afectado las prácticas de los Estados siendo que las definiciones de estos términos son prerrogativa de cada uno (o de la autoridad local en los países federales, que regulen la educación). La práctica de los Estados revela la tendencia a prolongar la educación obligatoria más allá de la educación primaria. Un análisis comparativo de leyes de educación señala que en 1999, la educación obligatoria superaba la educación primaria en 96 países, con 40 que habrían prolongado la educación obligatoria a 10 años o más. Comisión de Derechos Humanos, *Informe anual de la Relatora Especial, Katarina Tomasevski*, U.N. Doc. E/CN.4/2000/6, Párrs. 46-48.

mayor contribución al mejoramiento de las perspectivas de empleo de los niños desaventajados es mantenerlos en la escuela hasta que sean funcionalmente alfabetos y capaces de realizar cálculos aritméticos elementales”<sup>27</sup>, enfatizando que quienes finalizan la escuela deben ser capaces de aplicar sus conocimientos y habilidades a sus problemas cotidianos.

Algunos países cuentan con una red uniforme de escuelas públicas que abarca todo el país, mientras otros garantizan el pluralismo educativo afirmando la libertad de los padres y las comunidades de establecer y operar instituciones educativas. También son diferentes los enfoques respecto de la educación religiosa o laica. Algunas constituciones afirman que la educación puede ser provista por comunidades religiosas, otras regulan la educación religiosa dentro de las escuelas públicas, otras definen a la educación pública como estrictamente secular, permitiendo las escuelas privadas religiosas. Los dilemas en torno a la salvaguardia de las particularidades de la identidad colectiva dentro de los países y la construcción de una sociedad inclusiva, conducen a la experimentación con diferentes modelos. Visiones contrapuestas respecto de lo que se considera integración (pero podría tildarse de asimilación por las indígenas o minorías) y separación (reivindicada para preservar la identidad colectiva, pero podría tildarse del obstáculo a la unidad nacional) frecuentemente chocan con el propio diseño de la educación. Tales dilemas plantean importantes cuestiones respecto del balance entre los derechos individuales y colectivos. La coexistencia de escuelas públicas y privadas señala dos cuestiones importantes:

- La coexistencia de la educación privada y pública puede reproducir –o incluso agravar– las inequidades educativas existentes en la sociedad, que a menudo coinciden con la discriminación racial, étnica, religiosa o lingüística. Las dualidades educación pública/privada, gratuita/comprada deben valorarse desde la perspectiva de la eliminación de la discriminación y la inclusión social.

---

<sup>27</sup> Godfrey, M., *Youth Employment Policies in Developing and Transition Countries. Prevention as well as Cure*, Social Protection Discussion Paper Series No. 0320, Banco Mundial, Octubre de 2003, Pág. 48.

- La responsabilidad del gobierno de asegurar que toda institución educativa –pública o privada– se adecue a los estándares de calidad prescritos, ha sido ampliada por los derechos humanos. Los contenidos de los programas y los libros de texto, los métodos de enseñanza o la administración de la disciplina escolar muchas veces señalan incompatibilidades con derechos humanos universalmente garantizados. Esto requiere balancear los derechos colectivos e individuales.

La educación primaria para todos, obligatoria y gratuita es en la práctica frecuentemente asociada, aunque erróneamente, con uniformes y escuelas estatales, aunque puede implementarse también a través de subsidios a una variada gama de escuelas diversas<sup>28</sup>. Algunos países sólo cuentan con escuelas públicas, otros sólo con privadas, mientras que la mayoría cuenta con ambas. La definición de lo “privado” varía en gran medida. En su sentido más amplio, incluye a todas las escuelas no dirigidas por el estado, aunque algunas de ellas pueden haber sido financiadas totalmente por el estado. El término engloba la educación formal y no-formal, religiosa o laica, escuelas para minorías o indígenas, como asimismo escuelas para niños con necesidades especiales. Algunas escuelas privadas proveen educación en la lengua de una minoría particular o para una minoría religiosa, otras se ocupan de niños con discapacidades físicas o dificultades de aprendizaje, o están establecidas como alternativa a la educación estatal, pero no cobran matrícula alguna. La mayoría genera ganancias, por ende son “privadas” en el sentido más estrecho del término. Hay gran diferencia en la clasificación en lo “público” y lo “privado”. Según la clasificación de la UNESCO se distinguen las escuelas según el criterio de si su dirección la ejerce el estado o es privada, y por ende, “escuelas con apoyo financiero del estado que son dirigidas por particulares son consideradas privadas”<sup>29</sup>. En cambio, en muchas legislaciones nacionales, las escuelas se clasifican como públicas o privadas según la fuente de financiamiento. Cuando son financiadas

---

<sup>28</sup> La Convención de la UNESCO contra la Discriminación en la Educación requiere en su Art. 4 que los estados “aseguren que los estándares educativos sean equivalentes en todas las instituciones educativas públicas del mismo nivel”, reconociendo que los estándares en las instituciones privadas podrían variar bastante.

<sup>29</sup> UNESCO, *1998 World Education Report*, París, 1999, Pág. 118.

a través de la recaudación pública, se las define como públicas, sin importar quién se encargue de la dirección de las mismas. De este modelo surgen dos garantías: la educación gratuita para todos los niños y niñas y la libertad de elección<sup>30</sup>.

Desde que es un hecho reciente de la historia que el estado sea proveedor de educación, el mosaico heredado de la educación pre-estatal se refleja en la variedad de los modelos existentes. La tendencia actual de la privatización ha diversificado aún más ese mosaico. La existencia paralela de escuelas gratuitas y aranceladas, laicas o religiosas, ha ocasionado gran cantidad de jurisprudencia sobre derechos humanos. Las controversias respecto de la financiación pública para facilitar el ejercicio de la libertad de establecer y dirigir escuelas son interminables, según varía la práctica de los estados en el otorgamiento de subsidios a las escuelas no-públicas. Proviene de la regulación gubernamental del derecho a la educación. Es decir, el estado es responsable de asegurar la educación como un bien público, el derecho a la educación y la libertad en la educación, y la protección de los derechos humanos de los alumnos y alumnas, maestros y maestras.

Las fronteras entre la educación pública y privada, gratuita y comprada, se han vuelto relevantes en las negociaciones sobre la liberalización del comercio de los servicios educativos. Los exportadores han dado el tono, buscando la eliminación de las barreras al comercio libre. Definir a la educación como un bien público, como un servicio público gratuito, es un desafío clave para los derechos humanos, todavía no atendido. La progresiva liberalización del comercio educativo inevitablemente socava la progresiva realización del derecho a la educación. Como notó Nueva Zelanda, en juego está “la división entre políticas públicas y actividades comerciales”<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Por ejemplo, según el criterio de la dirección, el 70 % de las escuelas primarias de los Países Bajos serían clasificadas como “privadas”, cuando la educación allí es gratuita dado que ambas escuelas, públicas o privadas, son financiadas por las autoridades públicas (EURYDICE, *Pre-School and Primary Education in the European Union*, Bruselas, 1997, pp. 13-15).

<sup>31</sup> Organización Mundial del Comercio, *Propuesta de negociación para los servicios educativos: comunicación de Nueva Zelanda*, S/CSS/W/93 del 26 de Junio de 2001.

El GATS exceptúa los servicios que sean proveídos “en ejercicio de la autoridad gubernamental”, cubriendo potencialmente la educación pública, obligatoria y gratuita. En la actualidad, los compromisos gubernamentales para la liberalización de la educación son pocos, cubriendo menos de un tercio de los países del mundo<sup>32</sup>. Sin embargo, el cambio conceptual subyacente en dirección a la definición de la educación como un derecho de propiedad (su compra-venta regulada por el derecho comercial) puede ser antecedente de la sujeción de toda la educación a las reglas del libre mercado, excluyendo a todos los que no puedan pagarla. El impacto significaría la destrucción del derecho a la educación, y su reemplazo por el de capacidad adquisitiva. Los desafíos clave para los derechos humanos están configurados por las desigualdades educativas existentes, lo cual podría exacerbarse por la sustitución de la educación para todos por la educación para quienes puedan pagarla.

## **El acceso a la educación**

### **1. El patrón de exclusión**

Las estadísticas en educación inevitablemente muestran que no todos los niños y niñas disfrutan del derecho a la educación. El primer paso hacia la eliminación de tal exclusión es hacerla visible. Mantener invisible un problema facilita la inacción. La exclusión no sólo se sostiene, sino que se incrementa pues las desigualdades educativas se acumulan en el tiempo y el espacio. Aquellos con menos educación dejan esta herencia a la próxima generación.

Existen dos estrategias diferentes para superar la exclusión. Una entiende su eliminación en términos de otorgar oportunidades para aliviar su condición de pobreza a los excluidos, incrementando su “integrabilidad”. El problema es un círculo vicioso, donde la pobreza<sup>33</sup> causa la falta de la educación y empleo, los cuales a su vez

---

<sup>32</sup> La lista de todos los compromisos de liberalización relacionados con la educación en el contexto del GATS está disponible en [www.right-to-education.org](http://www.right-to-education.org).

<sup>33</sup> Las definiciones de pobreza van desde figuras absolutas que estiman el número de población que vive con menos de un dólar por día, hasta medidas relativas que definen como pobre a todos aquellos que disponen de menos de la mitad del ingreso promedio del país en que viven. Las estimaciones absolutas no sirven dado que no revelan la medida en que la gente necesita de un estándar de vida acorde a lo estimado aceptable en la sociedad en que vive.

perpetúan la pobreza. La otra define la exclusión como un proceso en que la gente es “expulsada a los márgenes de la sociedad y excluida de la posibilidad de participación”<sup>34</sup>. Para enfrentar la exclusión, se necesita detener y revertir las políticas y prácticas exclusivas, no sólo contrarrestar sus efectos. La falta de la protección de los derechos humanos y la discriminación múltiple, se encuentra entre los factores que causan la exclusión. A pesar de las diferencias entre las dos estrategias, la económica y de derechos humanos, ambas coinciden en la consideración de la educación como clave para la eliminación de la exclusión, en tanto la mayoría de los factores que la producen podrían mitigarse por medio de la educación.

Las categorías de niñas y niños que estarían excluidos de la educación varían entre los países y al interior de los mismos. Hay poca información comparativa en las estadísticas en educación. Los informes gubernamentales según la Convención sobre los Derechos del Niño cubren este vacío con una larga lista de la niñez excluida de la educación<sup>35</sup>. Los obstáculos que deberán superarse por la eliminación de la exclusión varían, pero todos ellos son exacerbados por la pobreza. Para los niños y niñas que pertenecen a minorías, el obstáculo puede ser la lengua de la instrucción. Para los inmigrantes, el obstáculo es la educación restringida a los ciudadanos exclusivamente<sup>36</sup>. La falta de reconocimiento de derechos básicos, comenzando por el derecho a la inscripción del nacimiento y a la adquisición de la ciudadanía, impide a niñas y niños disfrutar de su

---

<sup>34</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, *Joint Report on Social Inclusion Summarizing the National Action Plans for Social Inclusion 2003-2005*, Diciembre de 2003, disponible en [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/soc-prot/soc-incl](http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-prot/soc-incl).

<sup>35</sup> Un análisis de todos los informes gubernamentales bajo la Convención de los Derechos del Niño ha revelado que no menos de 32 categorías de niños están excluidos de la educación. Tomasevski, K., *El asalto a la educación*, Oxfam-Intermón, Barcelona, 2004, Pág. 177.

<sup>36</sup> A pesar de que la discriminación de los no-ciudadanos debería ser eliminada de acuerdo a la Convención de los Derechos de Niño, que exige el derecho a la educación para todos los niños del país, las legislaciones nacionales son frecuentemente restrictivas en la definición del titular del derecho a la educación. Una de las demandas exitosas realizadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha logrado modificar la política de la República Dominicana en septiembre de 2001, para permitir la inscripción en la escuela de niños sin certificados de nacimiento ni de ciudadanía. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe No. 28/01, Caso 12.189 *Dilcia Yean and Violeta Bosica v. Dominican Republic*, 22 de Febrero de 2001).



derecho a la educación. La tarea más importante y urgente es por ende identificar y remover toda barrera que impida a niñas y niños comenzar la escuela, asistir, aprender y completar al menos el mínimo nivel educativo que ha sido definido por ley como obligatorio.

El concepto de exclusión refuerza la importancia de la eliminación de la discriminación. La etnia, religión u origen en el caso de los niños inmigrantes son permanentemente detectados entre los factores que conducen a la exclusión, acompañados de la discriminación de raza o de género, y exacerbados por la pobreza. En los últimos cincuenta años la prohibición de la discriminación se ha extendido de un puñado inicial (raza, color, sexo, religión u opinión política) hasta factores particularmente importantes para los niños, como el nacimiento (es decir, discriminación contra los niños nacidos fuera del matrimonio) o discapacidad, o también el estatus de minoría o indígena. Todavía quedan motivos de discriminación que no han sido prohibidos (como la discriminación contra los no-ciudadanos) o discriminaciones basadas en la edad. Nuevos patrones de discriminación, como el caso de la infección de HIV que ha surgido en las últimas dos décadas con la pandemia del SIDA, son gradualmente subsumidos bajo las prohibiciones existentes.

Las prohibiciones internacionales de la discriminación son reproducidas en las legislaciones nacionales. La eliminación de la discriminación, sin embargo, sigue siendo un desafío inmenso. Prohibir la denegación de educación por ser niña o pertenecer a una minoría o ser discapacitada –o todo ello– es el primer paso hacia la afirmación de la universalidad del derecho a la educación. La Convención sobre los Derechos del Niño ha ofrecido la prohibición de la discriminación amplia, mientras la Unión Europea ha extendido más aún la discriminación prohibida<sup>37</sup>. Esta evolución facilita el análisis de las diferencias y similitudes entre los países y dentro de

---

<sup>37</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño enuncia en su art. 2° doce motivos de discriminación (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento), añadiendo “cualquier otra condición”, como los tratados de derechos humanos suelen hacer para poder comprender nuevos o renovados motivos de discriminación. En su art. 12, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha ampliado los motivos prohibidos de discriminación a las características genéticas, pertenencia a una minoría nacional, edad y orientación sexual.

ellos. Como no hay estadísticas educativas comparadas respecto de la discriminación por motivos de raza, lengua o religión, su creación debe considerarse prioritaria<sup>38</sup>. Hay todavía más motivos de discriminación en la educación, por razón de edad, por ejemplo. A los demasiado jóvenes se les puede impedir la escolarización, aquellos “demasiado viejos” pueden ser excluidos de la escuela, perdiendo así su derecho a la educación, incluso contando con sólo nueve o diez años de edad<sup>39</sup>.

Las distintas edades establecidas para la educación primaria y secundaria, como asimismo la extensión de la educación obligatoria, vuelven la edad un elemento crucial en la definición de la titularidad

---

<sup>38</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial, Katarina Tomasevski*, U.N. Doc. E/CN. 4/2003/9, Párrs. 21-23.

<sup>39</sup> El *Informe de Evaluación sobre Educación para Todos 2001* sugiere que “la existencia de un gran número de alumnos mayores de cierta edad no debe impedir el acceso a la escuela de aquéllos en edad oficial de escolaridad y por ende retrasar el alcance de los objetivos de la EPU [Educación Primaria Universal]”. (UNESCO Publishing, París, 2001). Expulsar niñas y niños de la escuela o impedirles su inscripción para así conformar a niñas y niños con edades administrativamente definidas, contradice la propia noción de la educación para todos de acuerdo al interés superior de cada niño, como también penaliza a los niños o niñas que no pudieron asistir a la escuela anteriormente porque tuvieron que trabajar. En Lesotho, un ejemplo de este problema se dio con los niños pastores que fueron enviados a cuidar el ganado a una edad temprana, que sólo podían inscribirse en la escuela luego de atenderlo por el tiempo necesario como para “ganarse” su libertad para ir a la escuela, y por ende lo hicieron siendo mucho mayores que los niños que no tuvieron que trabajar. Impedir a los “niños pastores” inscribirse en la escuela para así retener las edades categorizadas, constituyó una discriminación basada en la edad, aunque ni el término ni sus efectos fueron reconocidos en ese momento. (*Documento de evaluación de Proyecto del Banco Mundial sobre un crédito para el Reino de Lesotho para el desarrollo de un segundo sector educativo*, 25 de Marzo de 1999, Informe No. 18388-LSO, Pág. 7). En África del Sur, la Corte Constitucional atendió un conflicto entre el interés superior del niño y las reglas que establecen la edad de inscripción en la escuela, fundadas en el criterio de la conveniencia administrativa calculada sobre promedios estadísticos. La cuestión residía en si a un niño de seis años podría legítimamente denegársele la inscripción a la escuela por ser menor de siete años, la edad establecida para comenzar la escuela. “El reclamo consistió en que la discriminación era injusta y contraria al interés superior del niño porque la exigencia de admisión no contemplaba ninguna excepción para el caso de un niño que no alcanzara los siete años durante ese año, incluso si estuviera manifiestamente preparado para ir a la escuela. El enfoque inicial sobre las excepciones se vinculó con la extensión de las pruebas de aptitud para la escuela en una sociedad multicultural, residiendo el principal desacuerdo entre los expertos en cuáles serían las pruebas confiables y objetivas que podrían ahora emplearse”. (Corte Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Education v. Doreen Harris*, Caso CCT 13/01, 5 de Octubre de 2001).

del derecho a la educación o la exclusión de la educación. Dado que el abandono prematuro de la educación es un factor clave en la predicción de la exclusión social<sup>40</sup>, la edad en que los niños y niñas ingresan y egresan de la escuela es importante. El derecho internacional de los derechos humanos provee una útil guía, vinculando la edad mínima para trabajar con la finalización de la escolarización<sup>41</sup>. Tal vínculo fue establecido por la OIT en 1921 en la edad de 14 años, y en 1946 la OIT recomendó la edad de 16 años. Compromisos legales adicionales fueron establecidos en 1973 mediante la Convención sobre Edad Mínima. Así, cada país que ratificó la Convención determinó la edad mínima para trabajar, siendo el mínimo global los 14 años. La rápida ratificación de la Convención OIT sobre Formas Intolerables de Trabajo Infantil<sup>42</sup> y la expansión del IPEC (Programa Internacional para la Eliminación del Trabajo Infantil)<sup>43</sup> han dado ímpetu al ajuste global. Dado que las familias pobres dependen del trabajo de cada miembro para su supervivencia, permitir a los niños ir a la escuela requiere la eliminación de todos los obstáculos financieros. Los subsidios otorgados a familias pobres para permitir a los niños asistir a la escuela han resultado particularmente exitosos en América Latina<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, *Joint Report on Social Exclusion*, Diciembre de 2003.

<sup>41</sup> Más detalles sobre la vinculación global entre la educación gratuita y obligatoria y la eliminación del trabajo infantil pueden encontrarse en Tomasevski, K., *El asalto a la educación*, Oxfam-Intermón, Barcelona, 2004, pp. 39-56.

<sup>42</sup> La Convención OIT N° 182 sobre la Prohibición e Inmediata Acción para la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil, define como niño a toda persona menor de 18 años. El derecho a la educación básica gratuita se ha ampliado para abarcar a todos los niños y niñas que han sido arrancados a las peores formas de trabajo infantil, incluso si han superado la edad de finalización de la escolaridad. La Convención ha sido ratificada por 136 países. Más información y el texto están disponibles en [www.ilo.org](http://www.ilo.org)

<sup>43</sup> El primer informe global en el marco de la Declaración OIT sobre Principios Fundamentales y Derechos del Trabajo, donde la abolición efectiva del trabajo infantil fue puntualizada como una de las cuatro categorías a seguir, enumeró 75 países participantes en la IPEC. OIT, *A Future without Child Labour. Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Conference, sesión n° 90 (2002), Informe I (B).

<sup>44</sup> Morley, S. and Coady, D., *From Social Assistance to Social Development: Targeted Education Subsidies in Developing Countries*, Center for Global Development and International Food Policy Research Institute, Washington D.C., Agosto de 2003.

El traslado de los niños del trabajo a la escuela ha demostrado la necesidad de complementar el enfoque jurídico tradicional –la prohibición y sanción– con inversiones en los derechos humanos.

A diferencia del consenso global subyacente a la eliminación del trabajo infantil, el matrimonio infantil no ha suscitado en los gobiernos un compromiso similar. La prolongación de la educación de las niñas dio como resultado el retraso del matrimonio y la crianza de hijos. A la inversa, el matrimonio y la maternidad precoces, especialmente frecuente entre los más pobres, pone en peligro la educación de las niñas, sus perspectivas de empleo y proyectos de vida<sup>45</sup>. El matrimonio infantil es un obstáculo para la educación de las niñas porque la edad mínima en que pueden casarse puede ser demasiado baja. Más aún, la práctica discriminatoria de establecimiento de una edad menor para las niñas que a los varones para casarse es todavía preponderante<sup>46</sup>. A pesar de que la educación gratuita y obligatoria refuerza la eliminación del matrimonio infantil y los embarazos adolescentes, el abismo entre leyes nacionales y estadísticas oficiales, por un lado, y la realidad por el otro, es impactante. A pesar de que los informes gubernamentales bajo tratados de derechos humanos corrientemente indican los matrimonios tempranos y embarazos adolescentes como obstáculos clave de la educación de las niñas<sup>47</sup>, la información cuantitativa es escasa. Sin información, las políticas educativas ignoran el problema, mientras las leyes de educación frecuentemente toleran, o incluso exigen, la expulsión de las niñas embarazadas de la escuela.

A pesar de que los tratados de derechos humanos incitan a los gobiernos a prohibir el matrimonio infantil y prevenir los embarazos

---

<sup>45</sup> Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe, *Youth, Population and Development in Latin America and the Caribbean*, Doc. LC/G.2084 (SES.28/16), Santiago de Chile, 2000.

<sup>46</sup> Extractos sobre informes gubernamentales en el marco de la Convención de Derechos del Niño de 157 países entre 1997 a 2003 en relación con la edad de finalización de los estudios, edad mínima de trabajo, matrimonio y responsabilidad criminal están disponibles en Melchiorre, A., *At What Age?... are school-children employed, married and taken to court?*, Right to Education Project and IBE/UNESCO (International Bureau for Education), Geneva, Second edition, Abril de 2004. La publicación completa puede encontrarse en [www.right-to-education.org](http://www.right-to-education.org).

<sup>47</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial, Katarina Tomasevski*, U.N. Doc. E/CN.4/2004/45, Párr. 33.

adolescentes, las reservas a estas previsiones socavan su puesta en práctica. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha sido acompañada de reservas concernientes a la continuidad de las leyes religiosas y consuetudinarias como asimismo de los derechos de las niñas y mujeres con relación al matrimonio y la familia<sup>48</sup>. La Convención sobre los Derechos del Niño despliega una análoga falta de compromiso, que se evidencia en su amplia gama de reservas. Ello impide el cambio de las leyes y prácticas que legitiman que niños –especialmente niñas– se casen, cuando deberían estar en la escuela<sup>49</sup>. Más aún, los contenidos de los programas educativos y libros de texto puede ser parte del problema, más que la solución. El Comité de Derechos del Niño está permanentemente recordando a los gobiernos la necesidad de cambiar la imagen de la mujer “en los libros de texto escolares, adoptando mensajes adecuados para combatir las desigualdades, estereotipos y apatía social”<sup>50</sup>. El rol que la educación debería tener en permitir a los niños, especialmente las niñas, adquirir el conocimiento y habilidades necesarios para tomar decisiones informadas y responsables respecto de sus derechos al matrimonio y a iniciar una familia, es obstaculizado por la falta de acuerdo. En consecuencia, las niñas pagan el precio más caro<sup>51</sup>.

## 2. Eliminación progresiva de la exclusión y la discriminación

El análisis de la pobreza es crucial para identificar si ésta resulta de la violación de los derechos humanos. Niñas y mujeres son un ejemplo prominente porque en muchos países no cuentan con el derecho a posponer el matrimonio y la crianza de niños hasta volverse adultas, ni a trabajar por cuenta propia, ni a tener una cuenta

---

<sup>48</sup> Tomasevski, K., *A Handbook on CEDAW, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Swedish Ministry for Foreign Affairs/Sida, Estocolmo, 1999, pp. 16 y 37.

<sup>49</sup> Tomasevski, K., *Women*, en: Eide, A. et al. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, pp. 275-281

<sup>50</sup> Comité de Derechos del Niño, *Report on the eighth session* (Geneva, 9-27 January 1995), U.N. Doc. CRC/C/38, 20 de Febrero de 1995, Debate general sobre la niña, 21 de Enero de 1995, Anexo V, Párr. 3 (a), Pág. 72.

<sup>51</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial, Katarina Tomasevski*, U.N. Doc. E/CN. 4/2004/45, Párrs. 35-42

bancaria a su nombre. La eliminación de la pobreza no puede conducir a progresos sostenibles. Se necesitan reformas legislativas hacia la igualdad de derechos para todos y todas, para todos los derechos de todas las niñas y mujeres. La educación pública sostenida y efectiva es necesaria para facilitar las reformas legislativas, para cambiar las normas sociales e individuales. Las correspondientes asignaciones presupuestarias son necesarias, de otra forma los derechos legalmente asegurados podrían quedar frustrados por políticas económicas o fiscales contrarias. La descentralización puede inadvertidamente profundizar el disfrute desigual del derecho a la educación, volviendo la financiación de la educación exclusiva responsabilidad de las comunidades o familias pobres. Esto ensancha la brecha entre ricos y pobres, agravando el perfil de género y raza de la pobreza. Romper este círculo vicioso requiere que los gobiernos, individual y colectivamente, den prioridad a la financiación de la educación y que la repartan equitativamente, del nivel local al global. La universalidad del derecho a la educación requiere, entonces, el corolario de la universalidad de las obligaciones gubernamentales, individuales y colectivas.

La realización del derecho a la educación es un proceso continuo. El progreso consiste en la extensión gradual del derecho a la educación y de la inclusión de aquellos previamente excluidos. El derecho a la educación fue gradualmente extendido de la escuela primaria a la secundaria, y las niñas, las minorías, las indígenas e inmigrantes, han gradualmente recibido su derecho a la educación. Las estadísticas que muestran el progreso en el combate de la exclusión son todavía pocas. Ellas se están incrementando, pero son generadas en relación a una categoría particular, especialmente de género, mientras la discriminación es un fenómeno acumulativo. Los sectores que han sido históricamente excluidos de la educación necesariamente despliegan un status educativo más bajo. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos demanda que la discriminación sea no sólo prohibida sino también eliminada, especialmente para el caso de niñas y mujeres, como asimismo para el de las víctimas de discriminación racial.

Las previsiones de no discriminación en la educación de los tratados internacionales de derechos humanos engloban prohibiciones de la discriminación en el acceso a la educación, y la

eliminación de la discriminación *a través* de la educación, especialmente revisando los programas y libros de texto en tanto éstos pueden contener prejuicios contra las mujeres, minorías o indígenas<sup>52</sup>. El Comité de Eliminación de la Discriminación Racial ha oído numerosos ejemplos de las indígenas víctimas por la marginalización y racismo<sup>53</sup>. El proceso de ajuste de los contenidos de la educación para avanzar a una educación en derechos humanos apenas ha comenzado<sup>54</sup>. Es una señal promisorio que los libros de texto estén siendo revisados en muchos países para detectar y modificar mensajes discriminatorios. El paso subsiguiente debería ser el otorgamiento del derecho de enunciar tales mensajes a maestros y maestras, alumnos y alumnas, y estudiantes. Este paso es fundamental en el camino hacia una educación aceptable para todos.

### **Aceptabilidad de la educación**

El derecho internacional de los derechos humanos exige la afirmación y protección de *todos* los derechos humanos de *todos* actores clave en la educación. Como la UNESCO ha dicho, “la inclusión de los derechos humanos en la educación es un elemento clave de una educación de calidad”<sup>55</sup>. Esto implica un nuevo diseño de la educación, basado en los derechos humanos de todos los actores principales: estudiantes, sus padres y el personal docente. Para ello se necesita la información cuantitativa y cualitativa la cual todavía no existe, porque el proceso de integración de los derechos humanos a la educación es nuevo. Mucha información disponible es cualitativa más que cuantitativa. Numerosos casos judiciales se han peleado en todo el mundo en relación con la aceptabilidad de la educación. Las normas jurídicas pertenecientes a la educación como

---

<sup>52</sup> Todos los tratados internacionales de derechos humanos contienen detalladas previsiones que especifican los objetivos y propósitos de la educación. Ellas resaltan la exigencia de que la educación funcione como refuerzo del respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. Extractos relevantes son provistos en Tomasevski, K., *Manual on Rights-based Education*, UNESCO Bangkok, 2004, Pág. 36.

<sup>53</sup> Comité de Eliminación de la Discriminación Racial, *Treceavo informe periódico de Bolivia*, U.N. Doc. CERD/C/281/Add. 1 de Julio de 1995, Párr. 38.

<sup>54</sup> Tomasevski, K., *Human Rights in Education as Prerequisite for Human Rights Education*, Right to Education Primers No. 4, Gothenburgo, 2002. El texto complete está disponible en [www.right-to-education.org](http://www.right-to-education.org).

<sup>55</sup> UNESCO Executive Board, *Elements for an overall UNESCO strategy on human rights*, Doc. 165 EX/10 (2002), Párr. 31.

derecho civil y político han generado una amplia y variada jurisprudencia. Mucha jurisprudencia se ha producido bajo la Convención Europea de Derechos Humanos, dado que fue cronológicamente el primer caso de la exigibilidad internacional. Ella requiere que “el Estado respete activamente las convicciones de los padres dentro de la educación pública”<sup>56</sup>, en conjunción con la obligación gubernamental de respeto de la libertad de los padres de establecer y operar escuelas no-públicas. También se ha dicho que los derechos humanos “prohíben todo adoctrinamiento de los alumnos”<sup>57</sup>. Los desafíos de los derechos humanos han ido mucho más allá. Donde la educación fue laica, los padres pelearon judicialmente por educación religiosa para sus hijos. A la inversa, donde la educación era religiosa, los padres demandaron “libertad respecto de la religión” en la educación pública. La lengua de la instrucción ha generado también mucha jurisprudencia. La Suprema Corte de Canadá ha clarificado la naturaleza y alcance de los derechos de las minorías lingüísticas, puntualizando el vínculo entre la lengua y cultura: “la lengua es más que un simple medio de comunicación, es parte de la identidad y la cultura de la gente que la habla. Es el medio por el cual los individuos se entienden a sí mismos y al mundo que los rodea. La lengua no es sólo un medio de expresión; colorea el contenido y el sentido de la expresión. Es un medio de expresión por el cual la gente puede expresar su identidad cultural”<sup>58</sup>.

Los indicadores para esta faceta del derecho a la educación necesitan priorizar al marco jurídico para articular y defender derechos y libertades en la educación. La experiencia en países donde tal marco jurídico existe demuestra que la ausencia de litigios relativos a los contenidos de la educación no debe ser malinterpretada como ausencia de problemas. Al contrario, los problemas no se debaten –y consecuentemente no se resuelven– siempre que los individuos afectados carezcan de derecho a un recurso efectivo.

---

<sup>56</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, Informe de la Comisión del 21 de Marzo de 1975, y fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, vol. 21, series B, pp. 44 y 46.

<sup>57</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Graeme v. United Kingdom*, Decisión del 5 de Febrero de 1990, *Decisions & Reports*, vol. 64, 1990, Pág. 158.

<sup>58</sup> Corte Suprema de Canadá, *Mahe v. Alberta*, [1990], 1 S.C.R.



## 1. Derechos y libertades del personal docente

Aunque son los maestros y maestras los que traducen los programas educativos a una lengua que los alumnos y alumnas puedan entender, poco se les menciona –y menos a sus derechos– en las estrategias globales de educación. Estas priorizan el aprendizaje. Los maestros y maestras atraen menos la atención, tampoco sus derechos están internacionalmente garantizados. Aunque es sabido que la educación depende del compromiso y calidad del personal docente, las investigaciones sobre su destino revelan frecuentemente que ni sus derechos laborales ni sus libertades sindicales están reconocidos en las políticas y prácticas educativas nacionales, aunque forman parte de los estándares laborales globales, exigibles en muchos países, así como internacionalmente.

La OIT ha sostenido consistentemente que las restricciones sobre los empleados públicos no deben aplicarse al personal docente, porque ellos “no desempeñan tareas oficiales específicas de la administración estatal; en efecto, esta clase de actividad se lleva a cabo también en el sector privado”<sup>59</sup>. Además, definir la enseñanza como un servicio esencial implica la negación del derecho a la huelga. El Comité de Libertad de Asociación de la OIT ha rechazado la idea de que la enseñanza es un servicio esencial y ha afirmado que los maestros cuentan con el derecho de huelga. El mismo ha aclarado que el derecho de huelga puede sólo negarse a aquellos empleados públicos “que actúan como agentes de la autoridad pública”, o puede prohibirse sólo en el caso de los servicios “cuya interrupción pondría en peligro la vida, seguridad personal o salud de toda la población”<sup>60</sup>. Además, la OIT ha afirmado los gremios de maestros tienen derecho de huelga para “criticar políticas gubernamentales, económicas o políticas”<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Comité de Libertad de Asociación, Informe N° 302, Caso No. 1820 (Alemania), Párr.109.

<sup>60</sup> Comité de Libertad de Asociación, Informe No. 272, Caso No. 1503 (Perú), Párr. 117.

<sup>61</sup> Comité de Libertad de Asociación, Informe No. 304, Caso No. 1863 (Guinea), Párr. 358.

## 2. El medio de la instrucción

Las controversias en torno a la educación en la lengua materna resaltan un obstáculo fundamental para el aprendizaje de los niños: si la niña o niño no entiende el idioma de la instrucción, ningún aprendizaje ocurrirá. La Convención sobre los Derechos del Niño da una guía sobre la importancia de la lengua materna en los primeros estadios de la educación, reforzando el empuje del derecho internacional de los derechos humanos donde “el individuo, a quien se le garantiza igualdad de trato sustantiva, tiene el derecho de aprender en su propio idioma, y además del idioma oficial”<sup>62</sup>. Esto no implica que el gobierno tenga la obligación de asegurar la enseñanza y aprendizaje de todos los idiomas del país, dado que éste sería impagable. En cambio, debe facilitar el uso de la lengua materna, especialmente en los primeros años de la educación del niño.

El derecho internacional de derechos humanos afirma el derecho de cada estado a determinar sus idiomas oficiales como también los idiomas de la instrucción. Los tratados de derechos humanos usan formulaciones negativas cuando definen derechos lingüísticos, del tipo de que “no se negarán”<sup>63</sup>. El aprendizaje de otros idiomas –distintos del oficial– no genera la posibilidad de reclamar al gobierno que financie tal educación, con excepción de la Convención de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Extensas garantías para pueblos indígenas y sus idiomas están previstas allí, pero esta Convención ha sido ratificada por sólo un puñado de países hasta hoy en día<sup>64</sup>. Sin embargo, las prohibiciones internacionales a la discriminación incluyen el idioma, y por ende protegen las instituciones educativas –públicas y privadas– que preservan y

---

<sup>62</sup> Wilson, D., *Minority Rights in Education, Right to Education Project*, Gothenburgo, 2002, disponible en [www.right-to-education.org](http://www.right-to-education.org).

<sup>63</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé en su art. 27 que a las personas que pertenezcan a minorías “no se negará el derecho a emplear su propio idioma” en común los demás miembros de su grupo. La convención de Derechos del Niño amplía esta garantía a los niños de origen indígena, no sólo a los pertenecientes a minorías, exigiendo en su art. 30 que a tales niños no se les negará el derecho que les corresponde a emplear su propio idioma.

<sup>64</sup> La Convención de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (No. 169) fue adoptada en 1989 pero sólo ha conseguido 17 ratificaciones de países sudamericanos y de Europa occidental. El texto e información adicional están disponibles en [www.ilo.org](http://www.ilo.org)

enriquecen la diversidad lingüística. El ejercicio de la libertad de los padres a elegir la educación para sus hijas e hijos es clave para su preservación y para el pluralismo educativo.

### 3. Los contenidos de la educación

El derecho internacional de los derechos humanos considera a la educación como un fin en sí mismo, como también un medio de conseguir todos los demás derechos humanos. Así, la exigencia de que toda la educación promueva todos los derechos humanos. Este proceso ha incluido la introducción formal de los derechos humanos en los programas como materia específica o como contenidos integrales. A nivel regional, trabajos pioneros ha llevado adelante el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en el desarrollo de la educación en derechos humanos<sup>65</sup>. El Comité de Derechos del Niño ha elaborado inclusive un comentario general sobre los objetivos de la educación, recomendando la integración de derechos humanos en los programas, planes de estudio, libros de texto y métodos de enseñanza y aprendizaje<sup>66</sup>.

La traducción de principios abstractos de derechos humanos a un lenguaje que niñas y niños pueden comprender es por definición difícil. Los niños aprenden mediante observación y experiencia. La mejor forma práctica para transmitirles el mensaje de derechos humanos es educándolos como personas con derechos. La lógica que subyace es no considerar los derechos humanos como un tema más, sino integrarlos en la enseñanza y el aprendizaje. Se trata de un desafío enorme, en todas partes, dado que requiere del análisis y evaluación de la educación entera desde la óptica de los derechos humanos. Una forma apropiada de comenzar puede consistir en introducir el derecho del personal docente y estudiantes para cuestionar los contenidos y métodos de enseñanza que consideren incompatibles con los derechos humanos.

---

<sup>65</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Informe Interamericano de la Educación en Derechos Humanos/Inter-American Report on Human Rights Education*, San José, Costa Rica, Diciembre de 2002.

<sup>66</sup> Comité de Derechos del Niño, *The aims of education, General comment 1*, U.N. Doc. CRC/GC/2001/1 (2001).

#### 4. Métodos de enseñanza y la disciplina escolar

Hay una gran brecha entre los compromisos con la educación y las prácticas educativas que normalmente no van más allá de ayudar a los niños a memorizar los ítems que serán luego examinados. La jerarquía de los estudiantes, escuelas y países en base a exámenes y pruebas tiende a poner en peligro el aprendizaje, favoreciendo la memorización y la repetición. Los derechos humanos proveen un objetivo central de la educación: el desarrollo de la habilidad de aprender y continuar aprendiendo a lo largo de toda la vida.

La educación enfrenta el importante desafío de tener que superar la herencia global de niños sin derechos. A lo largo de la historia, los niños y niñas han sido legalmente definidos como propiedad de sus padres, o como objeto de cuidado y protección. Que cada niño y niña se considere un titular de derechos, es un nuevo avance jurídico que todavía encuentra gran resistencia en todo el mundo. La Corte Constitucional de Colombia ha resumido el profundo cambio introducido por los derechos humanos en la educación: “los sujetos del proceso educativo no se dividen entre receptores pasivos de conocimiento y transmisores activos de sabiduría. El principio constitucional que garantiza el libre desarrollo de la personalidad y el derecho de participar en la comunidad educativa ha transformado a los estudiantes en sujetos activos que participan en la educación a través de sus derechos y obligaciones”<sup>67</sup>.

Los métodos de enseñanza que fuerzan a niños y niñas a memorizar, con castigos físicos en caso de fracaso, son obviamente incompatibles con los objetivos y propósitos de la educación. Así, el proceso de prohibición de los castigos corporales se ha iniciado seriamente en la década del 90, empujado por la Convención sobre los Derechos del Niño. Ha producido cambios en todo el mundo. En efecto, la abolición de los castigos corporales en la escuela puede valorarse como un útil indicador de la adecuación de la educación a los derechos humanos.

---

<sup>67</sup> Corte Constitucional de Colombia, Fallo T-259 del 27 de mayo de 1998.

## **5. Resumiendo: Diagnóstico de la educación utilizando los derechos humanos como parámetro**

Las estadísticas educativas resaltan las dimensiones cuantitativas y cualitativas que han sido priorizadas a nivel global o nacional. Ellas varían en el tiempo y el espacio. Las comparaciones entre países, y al interior de los mismos, revelan por un lado escuelas que carecen de las protecciones esenciales de seguridad y salud ambiental, con maestros no entrenados y, generalmente, mal pagados y, por el otro lado, escuelas a la cabeza de las evaluaciones de rendimiento. La calidad de la educación para los más desaventajados es un útil indicador de la compatibilidad del sistema educativo con los derechos humanos.

Las obligaciones gubernamentales exigen una evaluación de las condiciones existentes que serían contrarias a los objetivos de la educación, la definición de los estándares que deben encontrarse en todas partes, y la identificación de las instituciones y procedimientos por los cuales serán implementados, vigilados y exigidos.

El principio central de la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud del cual la educación debe diseñarse e implementarse teniendo en consideración el interés superior de cada niño y niña, requiere la identificación de las barreras que deberían eliminarse para que niñas y niños puedan aprender. Esto incluye el idioma de la instrucción, que puede ser el idioma oficial del país pero que el niño o niña no comprende. El plan de estudios puede ser inapropiado para la edad, capacidades o discapacidades del niño o niña. La adaptación de la educación a cada niña y niño necesita considerar las características de la niñez que empieza la escuela, relevantes para los procesos de enseñanza y aprendizaje. La lengua del niño y su religión, capacidades y discapacidades, el entorno familiar o la falta de él, son raramente considerados aunque deberían serlo.

Además, la otra intersección entre escuela y sociedad, es decir, la salida de la escuela de los graduados, demanda análisis por criterios de los derechos humanos. Cuando los resultados del aprendizaje son satisfactorios pero los graduados están condenados al desempleo, la necesidad de vincular la educación con otros sectores se vuelve manifiesta. Todas estas cuestiones que emergen cuando la educación es examinada desde la perspectiva de los derechos humanos pueden convertirse, idealmente, en indicadores. El primer paso de este proceso puede esbozarse a modo de esquema en el Cuadro 2.

**Cuadro 2: Diagnóstico de la educación utilizando los derechos humanos como parámetro**

DOMINIOS	CUESTIONES TÍPICAS	FUENTES PERTINENTES
MATRÍCULA	<p>Los niños y niñas sin certificado de nacimiento: ¿Cuántos? ¿Quiénes son? ¿Por qué? ¿Qué remedio existe?</p> <p>Los niños y niñas en edad escolar no matriculados: ¿Cuántos? ¿Dónde están? ¿Por qué?</p> <p>Obstáculos administrativos (certificados de ciudadanía, residencia, etc.): ¿Qué remedios existen?</p> <p>¿Qué información sobre el alumnado falta? (lengua materna, religión, origen, raza, capacidades y discapacidades, etc.)</p>	<p>El registro del nacimiento</p> <p>El censo de la niñez escolar</p> <p>El censo nacional</p> <p>Estadísticas escolares</p>
RÉCURSOS	<p>La compatibilidad de las opciones fiscales elegidas con las obligaciones jurídicas</p> <p>La diferencia entre la asignación de recursos públicos y los costos actuales (tasas, derechos, pensiones o cotizaciones)</p> <p>El perfil del personal docente (feminización, raza, idioma, religión, etc.)</p> <p>Los programas y libros escolares, los métodos de enseñanza</p>	<p>Asignaciones presupuestarias (nivel nacional, regional, y local)</p> <p>El coste actual y el sostén económico de la escolarización</p> <p>Estadísticas sobre el personal docente</p> <p>El procedimiento previsto por el derecho interno para la aprobación de los textos escolares y material didáctico</p>

*Continúa en la página 382.*

DOMINIOS	CUESTIONES TÍPICAS	FUENTES PERTINENTES
PROCESO	<p>¿Cómo se definen las finalidades básicas de la enseñanza (e.g. formación para la competitividad, o formación de un sujeto de derecho)?</p> <p>¿Cómo se define el alcance del derecho a un recurso efectivo para los derechos y libertades de los educadores y educadoras, los alumnos y alumnas?</p> <p>¿Cómo se definen las formas de disciplina aceptables?</p>	<p>Las reglas según las cuales actúa el personal docente</p> <p>Jurisprudencia nacional e internacional</p> <p>La prohibición de los castigos físicos</p>
RESULTADOS	<p>¿Cómo se definen logros académicos (e.g. resultados de "aprendizaje memorístico")?</p>	<p>Desigualdades en el rendimiento (e.g. pruebas de matemáticas)</p>
IMPACTO	<p>¿Cómo se entrelaza el derecho a la educación con el derecho al trabajo?</p> <p>¿Cómo se entrelaza el derecho a la educación con el derecho a casarse y fundar una familia?</p>	<p>Las tasas del desempleo juvenil por nivel educativo</p> <p>Las tasas de fecundidad por nivel educativo</p>

## Adaptabilidad de la educación

### 1. La adaptación de la educación a la niñez (no de la niñez a la escuela)

El derecho internacional de los derechos humanos demanda la identificación de todos los obstáculos que los niños y niñas puedan hallar en el acceso a la escuela, en el aprendizaje, asistencia permanente y en la terminación de su escolarización. Por ende, las estadísticas que retratan a estos niños y niñas según su edad y sexo, exclusivamente, deben ampliarse mediante el reconocimiento de todos los factores relevantes. Mientras estos permanezcan sin

registrarse, las políticas educativas los podrán ignorar. La identificación personal de los individuos de acuerdo a su raza o religión está prohibida en muchos países, y se compila, en su lugar, la información anónimamente. La sensibilidad que suscita el registro de la religión o afinidades políticas de los padres, y por ende de sus niños, se funda en la posibilidad de estigmatización y victimización que podría ocasionar. Las estrategias educativas, y la información cuantitativa que las respalda, deben incluir las garantías de derechos humanos que permitan el reconocimiento formal de la diversidad pero a su vez protejan a todos aquellos que podrían ser considerados diferentes –“ellos” distintos a “nosotros”– de la posible discriminación y victimización.

La identificación de las capacidades y discapacidades de los niños y niñas también crea controversias. Los esfuerzos realizados para la creación de estadísticas internacionalmente comparables en relación con la discapacidad (o necesidades especiales) han revelado diferencias en las definiciones subyacentes. La proporción de la niñez con necesidades especiales varía entre el 1% y el 41%, lo cual demuestra las dificultades de comparación y las diferencias en las definiciones subyacentes de discapacidad, dificultad y desventaja<sup>68</sup>.

La conformidad entre la diversidad de la niñez escolar y las asignaciones presupuestarias para la enseñanza y aprendizaje es un ideal irrealizado para la gran mayoría de los niños y niñas. Es típico que la educación recibe menos fondos que los necesarios para asegurar una educación de calidad para toda la niñez. La razón principal es que las asignaciones presupuestarias son discrecionales en casi todos los países. La garantía constitucional de asignaciones presupuestarias traduce el compromiso gubernamental del retórico al fiscal<sup>69</sup>, cambiando las asignaciones presupuestarias de discrecionales a obligatorias. Como es bien sabido, sin tales garantías, las asignaciones presupuestarias fuerzan a las autoridades a distribuir los fondos escasos entre una variedad de prioridades, siendo los

---

<sup>68</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial, Katarina Tomasevski*, E/CN. 4/2002/60, Párrs. 43-45.

<sup>69</sup> En Brasil, por ejemplo, la Constitución de 1988 prevé que el 18% del presupuesto nacional y el 25% de los presupuestos de las autoridades estatales y municipales deben asignarse a la educación. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Initial Report of Brazil*, U.N. Doc. E/1990/5/Add. 53, 2001, Párr. 758.



fondos insuficientes para cualquiera de ellas. Así, la correspondencia entre el derecho de niños y niñas a una educación de calidad, y la obligación gubernamental en la forma de asignaciones presupuestarias constitucionalmente garantizadas, es un paso importante.

## **2. Indivisibilidad de los derechos humanos para evaluaciones integrales**

Suena paradójico que los niños tengan responsabilidad penal a una edad en que comienza la educación primaria, o se casen en la edad de la escolarización primaria. Eso es lo que muchas legislaciones nacionales establecen. Diferencias entre los derechos de la niñez de acuerdo a su edad son señaladas en los informes de los gobiernos bajo la Convención sobre los Derechos del Niño y representan así auto-evaluaciones de los propios gobiernos. Surge que los niños y niñas pueden finalizar su educación a los 10 años, mientras que no se les permite trabajar antes de los 15 años. Qué se supone que podrían hacer mientras tanto es una cuestión abierta, que demuestra la importancia de evaluaciones integrales. Dado el compromiso global con la eliminación de la pobreza, uno debe preguntarse qué podrían hacer los niños y niñas que finalizaron su educación a los 10 años disminuir la pobreza.

La orientación de las estrategias globales hacia la erradicación de la pobreza convierte al derecho a la educación en una fuerte herramienta. Se ha afirmado universalmente que la pobreza, la cual tiene una manifiesta orientación de género y de raza, es un obstáculo central para el disfrute del derecho a la educación. Más aún, la pobreza resulta de la violación de derechos humanos, incluyendo el derecho a la educación, y afecta desproporcionadamente a niñas y mujeres, minorías e indígenas. Múltiples razones de exclusión y discriminación se combinan, atrapando a nuevas generaciones en un círculo vicioso de violación de derechos humanos. La falta de educación lleva a la exclusión del mercado de trabajo, lo que perpetúa e incrementa el empobrecimiento. Esta relación circular requiere la prioridad de que niños y niñas comiencen y completen la escolaridad, también preguntando: ¿educación por qué y para qué?

### **Indicadores factibles del derecho a la educación**

Los indicadores educativos señalan el propósito central de la educación, es decir, los rendimientos de los estudiantes. Su creación es guiada por el simple esquema de ingreso-proceso-resultado. Se analizan los ingresos (principalmente los fondos), los procesos de enseñanza y aprendizaje y los resultados, lo que los estudiantes han aprendido. Los derechos humanos amplían este marco analítico para captar la interrelación entre la educación y la sociedad. El ingreso de los niños y niñas a la escuela significa la entrada de seres humanos distintos, cuya diversidad debe ser tenida en consideración para que la educación se adapte a ellos. La salida de los graduados a la sociedad también exige una evaluación de la posibilidad de que lo aprendido en la escuela no sea inútil fuera de ella. Con frecuencia, los mensajes aprendidos en la escuela y los de afuera están en conflicto.

La indivisibilidad de los derechos humanos exige la alineación de diferentes sectores (como educación y empleo) dentro de un marco conceptual común. Este marco emana de los derechos humanos universalmente reconocidos. Como éstos son interrelacionados e interdependientes, el disfrute de la educación conduce al ejercicio de otros derechos. Por consiguiente, su falta impide el disfrute de muchos, si no de todos los demás.

La evaluación del desempeño de los estudiantes a través de exámenes estandarizados es el indicador más frecuente de la calidad de la educación. Estos se refieren al manejo de contenidos específicos del plan de estudios, normalmente de los más fácilmente cuantificables, como las matemáticas y las ciencias. Los resultados son convertidos en jerarquía de escuelas a nivel nacional, y de países a nivel internacional. Así atraen la atención en esta época de competitividad internacional e influyen las perspectivas de empleo de los estudiantes. La definición de la educación como una inversión es con frecuencia traducida en una tasa de ingresos calculada a partir de los niveles salariales obtenidos. La discordia entre educación y empleo se evidencia, sin embargo, en el fenómeno del desempleo de los graduados<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> La discordia entre educación y mercado de trabajo se evidencia en las elevadas tasas de desempleo de quienes finalizaron estudios. A menudo hay una correlación inversa entre los niveles más altos de educación y los niveles más altos de desempleo, en oposición a lo que debería ser un propósito central de la

Junto con la transmisión de conocimiento, la educación es el vehículo clave de la transmisión de valores, que pueden ser articulados o permanecer implícitos. El proceso entero de la educación debe ser conducido por los fines y medios de los derechos humanos. El impacto de la educación es evaluado según su contribución al disfrute de todos los derechos humanos. Así, ricos sistemas educativos pueden ser insuficientes por su incapacidad de romper la transmisión intergeneracional de racismo y xenofobia. La educación segregada puede fomentar la desintegración social o conflictos. La indivisibilidad de los derechos humanos requiere la evaluación de la contribución de la educación en *todos* ellos. Esta es todavía un área inexplorada. Una razón importante es la definición de la educación como un sector, cuando los derechos humanos son, por definición, intersectoriales. Su enfoque particular en la eliminación de la discriminación indica las prioridades. De hecho, previsiones específicas sobre los contenidos de la educación resaltan los ajustes necesarios para que toda la educación sostenga la promoción de los derechos humanos.

La aplicación de este enfoque está facilitada por las experiencias adquiridas durante las últimas décadas. Ellas revelan la necesidad de ampliar la atención de lo *cuantitativo* (fondos, escuelas, profesores o exámenes) a lo *cualitativo*, para captar los valores de la educación y experiencias en la educación, como también la interrelación entre la escuela y la sociedad. No hay una receta ya hecha que puede utilizarse en todas partes. En cambio, los derechos humanos proveen una guía respecto de los estándares sustantivos y procesales que deben traducirse en modelos ajustados a las particularidades de los países y comunidades. El Comité de Derechos del Niño ha notado que los esfuerzos de promoción de la tolerancia “pueden no siempre ser automáticamente compatibles con políticas públicas diseñadas para el desarrollo del respeto de la identidad cultural, idioma y valores de niños y niñas, de los valores nacionales del país en que

---

educación. El desequilibrio entre el diseño de la educación y la propensión a facilitar el empleo de los graduados no puede remediarse retroactivamente: “es muy difícil corregir lo que aparenta ser una falencia del sistema educativo durante los primeros 5 a 10 años de la vida de los jóvenes con algún tipo de entrenamiento que sea usualmente corto en duración y que tenga lugar relativamente tarde en su vida.” Dar, A. and Tzannatos, Z., *Active Labor Market Programs: A Review of Evidence from Evaluations*, Social Protection Discussion Paper Series No. 9901, Banco Mundial, Washington D.C., 1999, Pág. 25.

están viviendo, del país del que el o ella provienen, y de civilizaciones distintas de las suyas”<sup>71</sup>. La flexibilidad de los estándares internacionales mínimos, que son ajustables a las diferencias entre los países y al interior de los mismos, facilita este proceso. Sus componentes centrales están esbozados en el Cuadro 3.

---

<sup>71</sup> Comité de Derechos del Niño, The aims of education, General comment 1, U.N. Doc. CRC/GC/2001/1 (2001).

**Cuadro 3: Indicadores para medir la progresividad del derecho a la educación**

	TRAMAS PRINCIPALES	INDICADORES
ASEQUITABILIDAD	(1) Desnivel entre las asignaciones presupuestarias y las obligaciones jurídicas	(1) Porcentaje constitucional del presupuesto nacional, regional y local para la educación
	(2) Desnivel entre recursos destinados a la educación y titulares del derecho a la educación	(2) Las categorías e individuos privados del disfrute del derecho a la educación
	(3) El personal docente	(3) Derecho a un recurso efectivo (derechos humanos, libertad de cátedra, libertades sindicales)
ACCESIBILIDAD	(4) Obstáculos (jurídicos, administrativos, económicos, etc.) para iniciar, permanecer y culminar los estudios	(4) Derecho a un recurso efectivo por las categorías e individuos privados del disfrute del derecho a la educación
	(5) Las disparidades y desigualdades por razones de raza, género, etnia, religión, origen, etc. en toda la pirámide educativa	(5.1) Datos necesarios (pero inexistentes) por todos los motivos de discriminación y para la discriminación múltiple (5.2) Las diferencias de trato: el trato discriminatorio versus el trato preferencial
ACEPTABILIDAD	(6) La obligación estatal de regular y ejercer la inspección y vigilancia de la educación	(6) Porcentaje de las escuelas que cumplen todos los estándares prescritos
	(7) Procesos de enseñanza consecuentes con los derechos humanos	(7) Adecuación de los programas, libros escolares y métodos de enseñanza a derechos humanos
	(8) Procesos de aprendizaje consecuentes con los derechos iguales de todos los alumnos y alumnas	(8) Las garantías sustantivas y los mecanismos procesales para un recurso efectivo cuando se vulneran estas garantías
ADAPTABILIDAD	(9) Coherencia reglamentaria entre el derecho a la educación y los demás derechos	(9) Desnivel entre terminación de la escolaridad obligatoria y la edad mínima para el empleo y/o matrimonio
	(10) Educación para el ejercicio de los derechos específicos	(10) Educación en derechos humanos en los currículos escolares

# TRANSVERSALIDADES

## El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal\*

*Antônio Augusto Cançado Trindade\*\**

### Introducción

Difícilmente podría haber ocasión más adecuada que el presente Forum Deusto, referente al año 2002, para desarrollar algunas reflexiones sobre el drama de los desarraigados como un gran desafío contemporáneo a la protección de los derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. El referido problema, de los más graves en este inicio del siglo XXI, se inserta perfectamente en el tema general del presente Forum, formulado en términos deliberadamente amplios, “Movimientos de Personas e Ideas y Multiculturalidad”, a modo de abarcar cuestiones conexas diversas.

No es mi propósito limitarme a una exposición didáctica o abstracta de nociones elementales encontradas en los libros especializados, sino más bien desarrollar algunas reflexiones personales acerca del tema, alimentadas por mi experiencia, profundizándolas y compartiéndolas con todos los presentes, con el fin de fomentar una mayor concientización de la importancia del cultivo de *valores* superiores para enfrentar la tragedia contemporánea de los desarraigados. El mencionado problema afecta hoy a toda la humanidad, victimando millones de personas; lo abordaré como tal y desde la perspectiva de alguien que comparece

---

\* El presente estudio sirvió de base, en versión preliminar, a la conferencia dictada por el autor, el 28 de noviembre del 2000, en el Seminario de San Carlos y San Ambrosio, en La Habana, Cuba, y, en versión definitiva, en el Forum Deusto, en la Universidad de Deusto, en Bilbao, España, el 21 de marzo del 2002.

\*\* Ph.D. (Cambridge); Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Titular de la Universidad de Brasilia, Brasil; Miembro Titular del *Institut de Droit International*; Miembro de los Consejos Directivos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo)

a este Forum Deusto proviniendo del otro lado del Atlántico, y que tiene presente de modo especial la realidad del cotidiano de América Latina.

Para comenzar, me detendré en la llamada “globalización” de la economía y la exclusión social, así como en la glorificación del mercado y la distorsión del rol del Estado, con el consecuente cuadro mundial preocupante, resultante de ello en nuestros días.

Abordaré después las respuestas del Derecho, que puedo identificar hasta la fecha, a las nuevas necesidades de protección del ser humano víctima de la tragedia del desarraigo, a saber: a) la diversidad cultural y la universalidad de los derechos humanos; b) las convergencias entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; c) la prohibición de expulsión masiva de extranjeros; d) el reconocimiento del derecho de *permanecer* en el propio hogar; y d) los derechos humanos de los desarraigados.

Examinaré luego el fenómeno del desarraigo en la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Situaré el principio básico del *non-refoulement*, como no podría dejar de ser, en el dominio del *jus cogens*. El campo estará, por último, abierto a la presentación de mis reflexiones finales, acerca de lo que me permito denominar el despertar de la *conciencia jurídica universal* y el proceso de la *humanización del derecho internacional*, tal como hoy día lo identifico. Pasemos, pues, al examen de cada uno de los puntos anteriormente mencionados.

### **“Globalización” de la economía y exclusión social**

El siglo XX dejó una trágica marca: nunca, como en el siglo pasado, se verificó tanto progreso en la ciencia y tecnología, acompañado paradójicamente de tanta destrucción y crueldad. A pesar de todos los avances registrados en las últimas décadas en la protección de los derechos humanos, han persistido violaciones graves y masivas de éstos<sup>1</sup>. En este inicio del siglo XXI

---

<sup>1</sup> A las violaciones “tradicionales”, en particular de algunos derechos civiles y políticos (como las libertades de pensamiento, expresión e información, y el debido proceso legal), que continúan ocurriendo, desafortunadamente se han sumado graves discriminaciones “contemporáneas” (contra miembros de minorías y otros grupos vulnerables, de base étnica, nacional, religiosa y lingüística), además de violaciones de los derechos fundamentales y del Derecho Humanitario.

testimoniamos, más que una época de cambios, un cambio de época. Entre las graves interrogantes que hoy nos asaltan se encuentra la del futuro del Estado nacional en un mundo marcado por profundas contradicciones, como la que plantea la coexistencia de la llamada “globalización” de la economía a la par de las alarmantes disparidades socio-económicas *entre* países y *al interior* de éstos (entre segmentos de la población), y la irrupción de violentos conflictos internos en varias partes del mundo.

Los eventos que cambiaron dramáticamente el escenario internacional a partir de 1989, se siguen desencadenando a un ritmo avasallador, sin que podamos divisar lo que nos espera en el futuro inmediato. A las víctimas por los actuales conflictos internos en tantos países, se suman otros tantos en búsqueda de su identidad en este vertiginoso cambio de época. La creciente concentración de renta en escala mundial ha acarreado el trágico aumento de los marginados y excluidos en todas las partes del mundo.

Las respuestas humanitarias a los graves problemas contemporáneos afectando crecientes segmentos de la población en numerosos países, han buscado curar tan sólo los síntomas de los conflictos, pero se han mostrado incapaces de remover, por sí mismas, sus causas y raíces. Es que lo ha advertido la ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados (Sra. Sadako Ogata), en dos recientes conferencias, dictadas en la Ciudad de México, el 29 de julio de 1999, y en la ciudad de La Habana, el 11 de mayo del 2000, respectivamente, las cuales por su importancia ameritan ser resumidas aquí. El argumento básico de la antigua Alta Comisionada es que, la rapidez con que los capitales de inversión entran y salen de determinadas regiones, en búsqueda de ganancias fáciles e inmediatas, ha seguramente contribuido, junto con otros factores, a algunas de las más graves crisis financieras de la última década, generando movimientos poblacionales en medio a un fuerte sentimiento de inseguridad humana<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> S. Ogata, *Los Retos de la Protección de los Refugiados* (Conferencia en la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, 29 de julio de 1999), Ciudad de México, ACNUR, 1999, pp. 2-3 y 9 (mecanografiado, circulación limitada); S. Ogata, *Challenges of Refugee Protection* (Statement at the University of Havana, 11 de mayo del 2000), Havana/Cuba, UNHCR, 2000, pp. 4, 6 y 8 (mecanografiado, circulación limitada).



Paralelamente a la “globalización” de la economía, la desestabilización social ha generado una pauperización mayor de los estratos pobres de la sociedad (y con esto, la marginación y exclusión sociales), al mismo tiempo en que se verifica el debilitamiento del control del Estado sobre los flujos de capital y bienes y su incapacidad de proteger los miembros más débiles o vulnerables de la sociedad (v.g., los inmigrantes, los trabajadores extranjeros, los refugiados y desplazados)<sup>3</sup>. Los desprovistos de la protección del poder público a menudo salen o huyen; de ese modo, la propia “globalización” económica genera un sentimiento de inseguridad humana, además de la xenofobia y los nacionalismos, reforzando los controles fronterizos y amenazando potencialmente a todos aquellos que buscan la entrada en otro país<sup>4</sup>.

La Agenda Habitat y Declaración de Estambul, adoptadas por la II Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos (Estambul, junio de 1996), advierten sobre la situación precaria de más de 1,000 millones de personas que se encuentran hoy en día en el mundo en estado de abandono, sin vivienda adecuada y subsistiendo en condiciones infra-humanas<sup>5</sup>. Ante la realidad contemporánea, la llamada “globalización” de la economía se revela más bien como un eufemismo inadecuado, que no retrata la tragedia de la marginación y exclusión sociales de nuestros tiempos; todo lo contrario, busca ocultarla.

En efecto, en tiempos de la “globalización” de la economía se abren las fronteras a la libre circulación de bienes y capitales, pero no necesariamente de los seres humanos. Avances logrados por los esfuerzos y sufrimientos de las generaciones pasadas, inclusive los que eran considerados como una conquista definitiva de la civilización, como el derecho de asilo, pasan hoy día por un

---

<sup>3</sup> S. Ogata, *Los Retos...*, *op. cit. supra* n. (3), pp. 3-4; S. Ogata, *Challenges...*, *op. cit. supra* n. (3), p. 6.

<sup>4</sup> S. Ogata, *Los Retos...*, *op. cit. supra* n. (3), pp. 4-6; S. Ogata, *Challenges...*, *op. cit. supra* n. (3), pp. 7-10. Y cf. también, e.g., J. F. Flauss, “L’action de l’Union Européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie”, *12 Revue trimestrielle des droits de l’homme* (2001) pp. 487-515.

<sup>5</sup> Cf. United Nations, *Habitat Agenda and Istanbul Declaration* (II U.N. Conference on Human Settlements, 3-14 June 1996), N.Y., U.N., 1997, p. 47, y cf. pp. 6-7, 17-17, 78-79 y 158-159.

peligroso proceso de erosión<sup>6</sup>. Los nuevos marginados y excluidos sólo pueden contar con una esperanza, o defensa, la del Derecho. Ya no es posible intentar comprender este inicio del siglo XXI desde un prisma tan sólo político y económico: hay que tener presentes los verdaderos valores, aparentemente perdidos, así como el papel reservado al Derecho.

### La glorificación del mercado y la distorsión del rol del Estado

Si, por un lado, con la revolución de los medios de comunicación vivimos en la actualidad en un mundo más transparente, por otro lado corremos el riesgo de la masificación y la irremediable pérdida definitiva de valores. Somos llamados a repensar todo el universo conceptual en el cual nos formamos, en nuestra visión tanto del sistema internacional como, a nivel nacional, de las instituciones públicas, comenzando por el propio Estado nacional.

Por Estado tenemos en mente el Estado de Derecho en una sociedad democrática, es decir, aquel dirigido al bien común, y cuyos poderes públicos, separados, están sometidos a la Constitución y al imperio de la ley, con garantías procesales efectivas de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Sólo hay un verdadero progreso de la humanidad cuando marcha en el sentido de la emancipación humana<sup>7</sup>. No hay que olvidarse

---

<sup>6</sup> Cf., v.g., F. Crépeau, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 17-353. Como observa el autor, "*depuis 1951, avec le développement du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, on avait pu croire que la communauté internationale se dirigeait vers une conception plus 'humanitaire' de la protection des réfugiés, vers une prise en compte plus poussée des besoins des individus réfugiés et vers une limitation croissante des prérogatives étatiques que pourraient contrecarrer la protection des réfugiés, en somme vers la proclamation d'un 'droit d'asile' dépassant le simple droit de l'asile actuel*" (p. 306). Lamentablemente, con el incremento de los flujos contemporáneos de migración, la noción de asilo vuelve a ser entendida de modo restrictivo y desde el prisma de la soberanía estatal: la decisión de conceder o no el asilo pasa a ser efectuada en función de los "*objectifs de blocage des flux d'immigration indésirable*" (p. 311).

<sup>7</sup> J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 (reimpr.), pp. 12, 18, 38, 43, 50, 94-96 y 105-108. Para Maritain, "la persona humana trasciende el Estado", por tener "un destino superior al tiempo"; *ibid.*, pp. 81-82. Sobre los "fines humanos del poder", cf. Ch. de Visscher, *Théories et réalités en Droit international public*, 4a. ed. rev., Paris, Pédone, 1970, pp. 18-32 *et seq.*

jamás que el Estado fue originalmente concebido para la realización del bien común. Ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos; en suma, el Estado existe para el ser humano, y no *vice versa*.

Una de las grandes interrogantes de nuestros días se refiere precisamente al futuro de los Estados nacionales en un mundo como el nuestro, marcado por contradicciones como la “globalización” de la economía y las reacciones concomitantes al interior de las sociedades nacionales. Las causas de las incertidumbres de ahí resultantes son conocidas: la falta de transparencia en la gestión pública, la utilización indebida del poder público en beneficio de intereses privados y la aparente incapacidad del Estado moderno de atender las crecientes demandas sociales.

Este cuadro genera un sentimiento no sólo de imprevisibilidad, sino también —y sobre todo— de inseguridad humana. La propia seguridad de la persona es una necesidad humana (como hace décadas han señalado los escritos al respecto), que el Estado moderno, desvirtuado por intereses ajenos a la realización del bien común, se muestra lamentablemente incapaz de atender. Al abordar este problema, el autor no descuida buscar vincular elementos de orden político y económico con el marco jurídico constitucional y administrativo de los Estados nacionales.

La glorificación del mercado ha generado quizás una nueva manifestación de darwinismo social, con un número cada vez mayor de marginados y excluidos. Recuérdese que, en el marco de los *travaux préparatoires* de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, marzo de 1995), la CEPAL, al advertir sobre la situación en que se encontraban 200 millones de latinoamericanos, imposibilitados de satisfacer sus necesidades fundamentales (de los cuales 94 millones viven en situación de extrema pobreza)<sup>8</sup>, alertó igualmente sobre el “profundo deterioro” de dicha situación social.

Una de las manifestaciones más preocupantes de este deterioro, agregó la CEPAL, residía en el aumento del porcentaje de jóvenes que dejaron de estudiar y de trabajar, sumado a los altos niveles de

---

<sup>8</sup> Naciones Unidas/CEPAL, *La Cumbre Social. Una Visión desde América Latina y el Caribe*, Santiago, CEPAL, 1994, p. 29.

desempleo entre los jefes de familia<sup>9</sup>. El cuadro general, nada alentador, fue así resumido por la CEPAL:

Entre 1960 y 1990, la disparidad de ingreso y de calidad de vida entre los habitantes del planeta aumentó en forma alarmante. Se estima que en 1960, el quintil de mayores ingresos de la humanidad recibía 70% del producto interno bruto global, mientras que el quintil más pobre recibía 2.3%. En 1990, esos coeficientes habían variado hasta alcanzar a 82.7% y 1.3%, respectivamente, lo que significa que si en 1960 la cúspide de la pirámide tenía un nivel de ingresos 30 veces superior al de la base, esa relación se había ampliado a 60 en 1990. Ese deterioro refleja la desigual distribución del ingreso que predomina en numerosos países, tanto industrializados como en desarrollo, así como la notoria diferencia del ingreso por habitante aún existente entre ambos tipos de países<sup>10</sup>.

A su vez, el Secretario General de las Naciones Unidas, en una Nota (de junio de 1994) al Comité Preparatorio de la referida Cumbre Mundial de Copenhague, advirtió que el desempleo abierto afecta hoy día a cerca de 120 millones de personas en el mundo entero, sumadas a 700 millones que se encuentran subempleadas; además, “los pobres que trabajan comprenden la mayor parte de quienes se hallan en absoluta pobreza en el mundo, estimados en 1,000 millones de personas”<sup>11</sup>. En un mundo como éste, hablar desde este punto de vista de la “globalización” me parece un eufemismo, además de inadecuado, inmoral: en realidad, muy pocos son los “globalizantes” (los detentores del poder), en medio de tantos marginados y excluidos, los “globalizados”.

En su nota supracitada, el Secretario General de las Naciones Unidas propugna por un “renacimiento de los ideales de justicia

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>11</sup> Naciones Unidas, documento A/CONF.166/PC/L.13, del 3 de junio 1994, p. 37. El documento agrega que “más de 1,000 millones de personas en el mundo hoy en día viven en la pobreza y cerca de 550 millones se acuestan todas las noches con hambre. Más de 1,500 millones carecen de acceso a agua no contaminada y saneamiento, cerca de 500 millones de niños no tienen ni siquiera acceso a la enseñanza primaria y aproximadamente 1,000 millones de adultos nunca aprenden a leer ni a escribir”; *ibid.*, p. 21. El documento advierte, además, sobre la necesidad —como “tarea prioritaria”— de reducir la carga de la deuda externa y del servicio de la deuda; *ibid.*, p. 16.

social” para la solución de los problemas de nuestras sociedades, así como por un “desarrollo mundial de la humanidad”; advierte, además, teniendo presente el porvenir de la humanidad, para las responsabilidades sociales del saber, por cuanto “la ciencia sin conciencia no es más que la ruina del alma”<sup>12</sup>. La Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social, adoptada por la Cumbre Mundial de 1995, enfatiza debidamente la necesidad apremiante de buscar solución a los problemas sociales contemporáneos<sup>13</sup>.

Como fue señalado en el caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala* (fondo, 1999), el caso paradigmático de los llamados “Niños de la Calle” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

El derecho a la vida implica no sólo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico. (...) El derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado, referido sólo a la prohibición de la privación arbitraria de la vida física. (...) El deber del Estado de tomar medidas positivas *se acentúa* precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. (...)

En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados Partes en la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad, sobre todo cuando se trata de los niños en situación de riesgo en las calles de nuestros países de América Latina.

Las necesidades de protección de los más débiles, –como los niños en la calle– requieren en definitiva una interpretación del derecho a

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 3-4 y 6.

<sup>13</sup> Particularmente en sus párrafos 2, 5, 16, 20 y 24; texto en Naciones Unidas, documento A/CONF.166/9, del 19 de abril de 1995, *Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social* (Copenhague, 6 al 12 de marzo de 1995), pp. 5-23.

la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna. (...)

Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano. Estos agravios hacen víctimas no sólo a quienes los sufren directamente, en su espíritu y en su cuerpo; se proyectan dolorosamente en sus seres queridos, en particular en sus madres, que comúnmente también padecen el estado de abandono<sup>14</sup>.

Los cambios vertiginosos en medio a la búsqueda de nuevas formas de organización política, social y económica ponen de manifiesto la creciente vulnerabilidad de los seres humanos, y sus necesidades cada vez mayores de protección. De ahí la necesidad de replantearse, en el plano nacional, la operación de los mecanismos constitucionales e internos de protección, a la par de buscarse asegurar la aplicabilidad directa de las normas internacionales de protección de los derechos humanos en el ámbito del derecho interno<sup>15</sup>.

Paradójicamente, a la expansión de la “globalización” ha correspondido la erosión de la capacidad de los Estados de proteger los derechos económicos, sociales y culturales de la población; de ahí las necesidades crecientes de protección de los refugiados, los desplazados y los migrantes, en pleno umbral del siglo XXI, lo que exige una solidaridad en escala mundial<sup>16</sup>. Esta gran paradoja no deja de ser trágica, considerándose los extraordinarios avances en la

---

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Villagrán Morales y Otros versus Guatemala* (Caso de los “Niños de la Calle”), Sentencia (sobre el fondo) del 19 de noviembre de 1999, Serie C, n. 63, Voto Concurrente Conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, pp. 105-108, párrafos 2-4, 6-7 y 9.

<sup>15</sup> Siempre he sostenido que, en el presente dominio de protección, el derecho internacional y el derecho interno se encuentran en constante interacción, dada la identidad básica de propósito, de uno y de otro, en cuanto a la protección de la persona humana.

<sup>16</sup> S. Ogata, *Challenges...*, *op. cit. supra* n. (3), pp. 7-9; S. Ogata, *Los Retos...*, *op. cit. supra* n. (3), p. 11.

ciencia y tecnología en las últimas décadas, los cuales, sin embargo, no han sido capaces de reducir o erradicar el egoísmo humano. Más que cualquier técnica jurídica, se impone hoy día, para intentar resolver los problemas de los flujos poblacionales en razón de la globalización de la miseria, el despertar de una verdadera solidaridad a nivel global.

Por el momento, lo que se puede constatar es un aumento considerable —estadísticamente comprobado— de los marginados y excluidos en todo el mundo, según revelan las cifras crecientes de refugiados, desplazados y migrantes en búsqueda de trabajo para sobrevivir. Las crecientes disparidades en escala global dan muestra de un mundo en el cual un número cada vez más reducido de “globalizadores” toman decisiones que condicionan las políticas *públicas* de los Estados casi siempre en beneficio de intereses *privados*, con consecuencias nefastas para la mayoría aplastante de los “globalizados”.

En medio del egoísmo exacerbado y de la sociedad materialista de la actualidad, urge buscar la “revalorización de lo humano y de lo humanitario”<sup>17</sup>. El aumento de la competitividad económica se ha hecho acompañar del crecimiento de la pobreza y del endeudamiento; la apertura de las fronteras a los capitales (en búsqueda de intereses inmediatos) se ha hecho acompañar del cierre de las fronteras a millones de seres humanos que huyen del hambre, las enfermedades y la miseria; la globalización de la economía, en medio del endiosamiento del llamado mercado “libre”, se ha hecho acompañar de la irrupción de numerosos y desagregadores conflictos internos en diversas partes del mundo.

Las migraciones y los desplazamientos forzados, intensificados en la década de noventa<sup>18</sup>, se han caracterizado particularmente por las disparidades en las condiciones de vida entre el lugar de origen y el de destino de los migrantes. Sus causas son múltiples: colapso económico y desempleo, colapso en los servicios públicos

---

<sup>17</sup> J. A. Carrillo Salcedo, “El Derecho Internacional ante un Nuevo Siglo”, 48 *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (1999-2000) p. 257, y cf. p. 260.

<sup>18</sup> Los desplazamientos forzados en los años noventa (después del fin de la guerra fría) abarcaron cerca de nueve millones de personas; UNHCR, *The State of the World's Refugees. Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR/Oxford University Press, 2000, p. 9.

(educación, salud, entre otros), desastres naturales, conflictos armados generando flujos de refugiados y desplazados, represión y persecución, violaciones sistemáticas de los derechos humanos, rivalidades étnicas y xenofobia, violencia de distintas formas<sup>19</sup>. En los últimos años, la llamada “flexibilidad” en las relaciones laborales, en medio de la “globalización” de la economía, también ha generado movilidad, acompañada de inseguridad personal y de un creciente miedo del desempleo<sup>20</sup>.

Las migraciones y los desplazamientos forzados, con el consecuente desarraigo de tantos seres humanos, acarrear traumas. Testimonios de migrantes dan cuenta del sufrimiento del abandono del hogar, a veces con separación o desagregación familiar, de la pérdida de bienes personales, de arbitrariedades y humillaciones por parte de autoridades fronterizas y oficiales de seguridad, generando un sentimiento permanente de injusticia<sup>21</sup>. Como advertía Simone Weil ya a mediados del siglo XX, “estar arraigado es tal vez la necesidad más importante y menos reconocida del alma humana. Es una de las más difíciles de definir”<sup>22</sup>.

En la misma época y línea de pensamiento, Hannah Arendt alertaba sobre los padecimientos de los desarraigados (la pérdida del hogar y de la familiaridad de lo cotidiano, la pérdida de la profesión y del sentimiento de utilidad a los demás, la pérdida del idioma materno como expresión espontánea de los sentimientos), así como para la ilusión de intentar olvidarse del pasado (dada la influencia que ejercen sobre cada uno sus antepasados, las generaciones

---

<sup>19</sup> N. Van Hear, *New Diasporas. The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, London, UCL Press, 1998, pp. 19-20, 29, 109-110, 141, 143 y 151; F.M. Deng, *Protecting the Dispossessed. A Challenge for the International Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1993, pp. 3-20. Y cf. también, v.g., H. Domenach y M. Picouet, *Les migrations*, Paris, PUF, 1995, pp. 42-126.

<sup>20</sup> N. Van Hear, *op. cit. supra* n. (20), pp. 251-252. Como bien se ha resaltado, “the ubiquity of migration is a result of the success of capitalism in fostering the penetration of commoditization into far-flung peripheral societies and undermining the capacity of these societies to sustain themselves. Insofar as this ‘success’ will continue, so too will migrants continue to wash up on the shores of capitalism’s core”; *ibid.*, p. 260.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>22</sup> Simone Weil, *The Need for Roots*, London/N.Y., Routledge, 1952 (reprint 1995), p. 41.



predecesoras)<sup>23</sup>. También en esta línea de razonamiento, en un notable libro publicado en 1967, titulado *Le retour du tragique*, J. M. Domenach observó que no hay cómo negar las raíces del propio espíritu humano, por cuanto la propia forma de adquisición de conocimientos por parte de cada ser humano —y consecuentemente de su manera de ver el mundo—, está en gran parte condicionada por factores como el lugar de nacimiento, el idioma materno, los cultos, la familia y la cultura<sup>24</sup>.

Como bien señaló en un artículo reciente Jaime Ruiz de Santiago, el drama de los refugiados y los migrantes —de los desarraigados en general—, sólo podrá ser eficazmente tratado en medio a un espíritu de verdadera solidaridad humana hacia los victimados<sup>25</sup>. En definitiva, sólo la firme determinación de reconstrucción de la comunidad internacional<sup>26</sup> sobre la base de la solidaridad humana<sup>27</sup> podrá llevar a la superación de las trágicas paradojas anteriormente mencionadas.

### **La diversidad cultural y la universalidad de los derechos humanos**

Otro gran debate, generado y conducido en medio de las contradicciones del mundo contemporáneo, se refleja en la pretendida contraposición entre la universalidad de los derechos humanos y los llamados “particularismos culturales”. De mi parte,

---

<sup>23</sup> Hannah Arendt, *La tradition cachée*, Paris, Ch. Bourgeois Éd., 1987 (ed. orig. 1946), pp. 58-59 y 125-127.

<sup>24</sup> J. M. Domenach, *Le retour du tragique*, Paris, Éd. Seuil, 1967, p. 285.

<sup>25</sup> Jaime Ruiz de Santiago, “Derechos Humanos, Migraciones y Refugiados: Desafíos en los Inicios del Nuevo Milenio”, *III Encuentro sobre Movilidad Humana: Migrantes y Refugiados*, San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 2001.

<sup>26</sup> Cf., v.g., A. A. Caçado Trindade, “Human Development and Human Rights in the International Agenda of the XXIst Century”, in *Human Development and Human Rights Forum* (August 2000), San José of Costa Rica, UNDP, 2001, pp. 23-38.

<sup>27</sup> Sobre el significado de esta última, cf., en general, L. de Sebastián, *La Solidaridad*, Barcelona, Ed. Ariel, 1996, pp. 12-196; J. de Lucas, *El Concepto de Solidaridad*, 2a. ed., México, Fontamara, 1998, pp. 13-109; entre otros.

siempre he defendido la universalidad de los derechos humanos<sup>28</sup>. Mi experiencia de Delegado a la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio de 1993), y mi participación en los trabajos de su Comité de Redacción, han inclusive reforzado mi convicción.

Nadie osaría cuestionar la importancia de las culturas (como vínculo entre cada ser humano y el mundo exterior). Se debe dar expresión a las culturas en el campo del Derecho. Mas allá del tenue juridicismo formal, las normas jurídicas encierran valores (morales, culturales, y otros), que el jurista no puede ignorar. No se trata, en absoluto, de un “relativismo cultural”, sino más bien del reconocimiento de la relevancia de la identidad y diversidad culturales para la efectividad de las normas jurídicas. Los adeptos del llamado “relativismo cultural” parecen olvidarse de algunos datos básicos incuestionables.

Primero, las culturas no son estáticas, se manifiestan dinámicamente *en el tiempo*, y se han mostrado abiertas a los avances en el dominio de los derechos humanos en las últimas décadas. Segundo, muchos tratados de derechos humanos han sido ratificados por Estados con las más diversas culturas; tercero, hay tratados más recientes –como la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)–, que, en sus *travaux préparatoires*, tomaron en debida cuenta la diversidad cultural, y hoy disfrutan de una aceptación virtualmente universal<sup>29</sup>; cuarto, la diversidad cultural jamás obstaculizó la formación de un núcleo universal de derechos fundamentales inderogables, consagrado en muchos tratados de derechos humanos. Además, la diversidad cultural no ha frenado la tendencia contemporánea de criminalización de las violaciones *graves* de los derechos humanos, ni los avances en el derecho penal internacional, ni la consagración de la jurisdicción universal en algunos tratados de derechos humanos<sup>30</sup>, ni el combate universal a los crímenes contra la humanidad.

---

<sup>28</sup> Cf., recientemente, A. A. Cañado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 15-455.

<sup>29</sup> Por ejemplo, también las Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (1949) cuentan hoy con una aceptación virtualmente universal.

<sup>30</sup> A ejemplo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984), entre otros.

La diversidad cultural tampoco ha impedido la creación, en nuestros días, de un verdadero régimen internacional contra la tortura, las desapariciones forzadas de personas, y las ejecuciones sumarias, extra-legales y arbitrarias<sup>31</sup>. Todo esto impone la salvaguardia de los derechos inderogables en cualesquiera circunstancias. En suma, la diversidad cultural (enteramente distinta del llamado “relativismo cultural”, con todas sus distorsiones) ha contribuido al primado de la universalidad de los derechos humanos.

En efecto, la conciencia de la necesidad de atender las necesidades básicas de todos los seres humanos ha generado una ética global que hoy en día repercute, *inter alia*, en desarrollos recientes en el dominio del Derecho (en lo civil y lo penal, en lo procesal, en lo ambiental, en el combate a todo tipo de discriminación, en la atención especial a las personas en situación vulnerable). Se afirma hoy la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional con la situación y las condiciones de vida de todos los seres humanos en todas partes.

Cabe concebir nuevas formas de protección de los seres humanos ante la actual diversificación de las fuentes de violaciones de sus derechos (v.g., por los detentores del poder económico, o del poder de las comunicaciones, por grupos clandestinos, por la corrupción y la impunidad). El actual paradigma de protección –del individuo *vis à vis* el poder público– corre el riesgo de tornarse insuficiente y anacrónico, por no mostrarse equipado para hacer frente a tales violaciones diversificadas entendiéndose que también en esta situaciones, permanece el Estado –aunque debilitado– responsable por omisión, por no tomar medidas positivas de protección. En definitiva, no pueden el Estado y otras formas de organización política, social y económica, simplemente eximirse de tomar

---

<sup>31</sup> Cf. A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 338-358. - Siendo así, el llamado “relativismo cultural” en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos padece, pues, de demasiadas falacias. Tampoco puedo aceptar el llamado “relativismo jurídico” en el dominio del Derecho Internacional Público: dicho relativismo nada más es que una visión neopositivista del ordenamiento jurídico internacional, desde una anacrónica perspectiva estatocéntrica y no comunitaria (la *civitas maxima gentium*). Igualmente insostenible me parece la corriente “realista” en las ciencias jurídicas y sociales contemporáneas, con su cobardía intelectual y su capitulación frente a la “realidad” bruta de los hechos (como si se redujeron éstos a fruto de una simple inevitabilidad histórica).

medidas de protección redoblada de los seres humanos, particularmente en medio de las dudas e incertidumbres de este cambio de época que vivimos.

### **Las convergencias entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

Los conflictos internos de nuestros tiempos han generado numerosas víctimas<sup>32</sup>, y presentado nuevos desafíos para el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Refugiados. Urge que se contemplen medios de asegurar que las mutaciones del Estado contemporáneo, y la emergencia de nuevas formas de organización política y social en medio a los rumbos de la economía mundial, se desarrollen teniendo presentes las necesidades básicas de todos los seres humanos y el imperativo de la protección de sus derechos.

A mediados de los años noventa, me permití avanzar algunas reflexiones sobre lo que me permití denominar como *convergencias* —en los planos normativo, hermenéutico, y operativo—, entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario<sup>33</sup>. Transcurrida casi una década, no veo cómo dudar que la evolución de la normativa de estas tres vertientes de la protección de los derechos de la persona humana se incline definitivamente en esta dirección, en beneficio de todos los seres humanos protegidos.

En este inicio del siglo XXI, quisiera dedicar algunas reflexiones teniendo presentes aquellas convergencias al fenómeno, o más bien,

---

<sup>32</sup> Cf., en general, v.g., *Human Rights and Ethnic Conflicts* (eds. P. R. Baehr, F. Baudet y H. Werdmölder), Utrecht, SIM, 1999, pp. 1-99.

<sup>33</sup> A. A. Cançado Trindade, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias”, *Diez Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Memoria del Coloquio Internacional* (San José de Costa Rica, diciembre de 1994), San José, IIDH/ACNUR/Gob. Costa Rica, 1995, pp. 77-168; A. A. Cançado Trindade, “Aproximaciones o Convergencias entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos”, *Seminario Interamericano sobre la Protección de la Persona en Situaciones de Emergencia. Memoria* (Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, junio de 1995), San José, CICR/ACNUR/Gob. Suiza, 1996, pp. 33-88.

a la tragedia contemporánea del desarraigo, en el marco de la protección de los derechos de la persona humana, frente a lo que yo me permitiría denominar de conciencia jurídica universal. En América Latina, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984) enmarcó, como se sabe, la protección de los refugiados en el universo conceptual de los derechos humanos. La Declaración de 1984 estableció un vínculo clarísimo entre los dominios del Derecho Internacional de los Refugiados y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Una década después, la Declaración de San José sobre los Refugiados y Personas Desplazadas (1994), –en cuya redacción tuve ocasión de participar–, profundizó las relaciones entre el Derecho de los Refugiados y Desplazados y los derechos humanos, dando nuevo énfasis en cuestiones centrales de la actualidad, no tan elaboradas en la Declaración anterior de Cartagena como, *inter alia*, las del desplazamiento forzado<sup>34</sup>, y del derecho de refugio en su amplia dimensión, examinadas bajo la óptica de las necesidades de protección del ser humano en cualesquiera circunstancias, en el universo conceptual de los derechos humanos<sup>35</sup>.

La Declaración de San José reconoció expresamente las convergencias entre los sistemas de protección de la persona humana consagrados en el Derecho Internacional de los Refugiados, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Internacional Humanitario, dado su carácter complementario<sup>36</sup>. La nueva Declaración, además, reconoció que la violación de los derechos humanos es una de las causas de los desplazamientos y que, por lo tanto, la protección de tales derechos y el fortalecimiento del sistema democrático constituyen la mejor medida para la búsqueda de soluciones duraderas, así como para la prevención de los

---

<sup>34</sup> Conclusión novena. Como bien advirtió la Declaración de San José, tanto los refugiados como las personas que emigran por otras razones, “incluyendo causas económicas, son titulares de derechos humanos que deben ser respetados en todo momento, circunstancia y lugar” (conclusión décima).

<sup>35</sup> Para el texto de la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994 y los trabajos del Coloquio Internacional en el cual fue adoptada, cf. el tomo de actas *Diez Años de la Declaración...*, *op. cit. supra* n. (34), pp. 5-477.

<sup>36</sup> Preámbulo y conclusiones tercera y décima-sexta (a).

conflictos, de los éxodos de refugiados y de las graves crisis humanitarias<sup>37</sup>.

El documento de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) titulado “Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina” (1989) a su vez, interpretó como configurado el elemento de “violación masiva de los derechos humanos” cuando se producen “violaciones en gran escala que afectan los derechos humanos” consagrados en la Declaración Universal de 1948 y otros elementos relevantes<sup>38</sup>. El referido documento de CIREFCA reconoció expresamente la existencia de

(...) una relación estrecha y múltiple entre la observancia de las normas relativas a los derechos humanos, los movimientos de refugiados y los problemas de protección. Las violaciones graves de derechos humanos provocan movimientos de refugiados, algunas veces en escala masiva, y dificultan el logro de soluciones durables para estas personas. Al mismo tiempo, los principios y prácticas relativas a los derechos humanos proporcionan reglas a los Estados y a las organizaciones internacionales para el tratamiento de refugiados, repatriados y personas desplazadas<sup>39</sup>.

El documento de *evaluación* de la puesta en práctica de las disposiciones del documento “Principios y Criterios”, de 1994, fue aún más allá. Contiene una sección enteramente dedicada a la observancia de los derechos humanos<sup>40</sup>, en la cual se refirió al fortalecimiento de las instituciones nacionales democráticas y de defensa de los derechos humanos. En otro pasaje dedicado a la

---

<sup>37</sup> Cf. A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 328-331.

<sup>38</sup> En particular, agregó, “pueden considerarse como violaciones masivas de derechos humanos, la negación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en una forma grave y sistemática, así como aquellas que son objeto de la resolución 1503” (XLVIII), de 1970, del ECOSOC; párr. 34 del documento “Principios y Criterios”, de CIREFCA.

<sup>39</sup> Párr. 72 del documento “Principios y Criterios”, de CIREFCA. En fin, el documento “Principios y Criterios”, de 1989, defendió el uso de los órganos de supervisión del sistema interamericano de protección de los derechos humanos –y una cooperación más estrecha de estos con el ACNUR– con miras a complementar la protección internacional de los refugiados en la región; *ibid.*, párr. 73.

<sup>40</sup> Párrs. 80-85 del documento de evaluación de la puesta en práctica de “Principios y Criterios”, doc. CIREFCA/REF/94/1.

materia, advirtió que “la problemática de los refugiados sólo puede abordarse correctamente si se tiene una visión integrada de los derechos humanos, que incluya el derecho de los refugiados y el derecho humanitario”<sup>41</sup>. La protección efectiva de los refugiados, agregó, “requiere que se consideren y apliquen derechos humanos fundamentales”<sup>42</sup>.

El referido documento de 1994, al abordar en sus conclusiones los logros del proceso de la citada Conferencia<sup>43</sup>, señaló que “CIREFCA favoreció e impulsó la convergencia entre el derecho de los refugiados, los derechos humanos, y el derecho humanitario, sosteniendo siempre un enfoque integrado de las tres grandes vertientes de protección de la persona humana”<sup>44</sup>. Aún así, subrayó, hay que profundizar en el examen de determinados elementos (como, v.g., la violencia generalizada, los conflictos internos y las violaciones masivas de derechos humanos) y dar mayor precisión a las “normas mínimas de tratamiento” (tomando en cuenta desarrollos recientes paralelos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario)<sup>45</sup>.

A su vez, en el continente europeo, frente al temor de una erosión del derecho de asilo<sup>46</sup>, se han buscado nuevas formas de protección contra tratos inhumanos o degradantes infligidos a los desarraigados<sup>47</sup>. En los últimos años, se ha desarrollado bajo el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos una

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, párr. 16, y cf. párrs. 13-18.

<sup>42</sup> *Ibid.*, párr. 17; el documento recordó la indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos, y se refirió a los resultados pertinentes de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de junio de 1993 (párrs. 13-14).

<sup>43</sup> Párrs. 89-106 del documento de evaluación de la puesta en práctica de “Principios y Criterios”, doc. CIREFCA/REF/94/1. Este documento incorporó las aportaciones de los tres integrantes de la Comisión de Consultores Jurídicos del ACNUR para la evaluación final del proceso CIREFCA, a saber, los Drs. Antônio Augusto Cançado Trindade, Reinaldo Galindo-Pohl y César Sepúlveda; cf. *ibid.*, p. 3, párr. 5.

<sup>44</sup> *Ibid.*, párr. 91.

<sup>45</sup> *Ibid.*, párr. 100.

<sup>46</sup> F. Crépeau, *Droit d’asile...*, *op. cit. supra* n. (7), pp. 17-353; V. Oliveira Batista, *União Européia. Livre Circulação de Pessoas e Direito de Asilo*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1998, pp. 39-227.

<sup>47</sup> Para un estudio general, cf. A. A. Cançado Trindade y J. Ruiz de Santiago, *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 19-119.

jurisprudencia que extiende una protección más amplia contra el *refoulement* que la propia Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>48</sup>. Se ha señalado, al respecto, que tal jurisprudencia ha interpretado el artículo 3 de la Convención Europea de modo incondicional, extendiendo una amplia protección a los amenazados de expulsión, deportación o extradición, y elevando el *non-refoulement* no sólo a un principio básico del Derecho Internacional de los Refugiados sino también a una norma perentoria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>49</sup> (cf. *infra*).

### La prohibición de expulsión masiva de extranjeros

En 1986, la *International Law Association* adoptó (en su 62a. sesión, en Seoul), por consenso, la Declaración de Principios del Derecho Internacional sobre Expulsión Masiva, en la cual, *inter alia*, expresó su “profunda preocupación” con “la vulnerabilidad y posición precaria de muchas minorías”, inclusive los trabajadores migrantes (preámbulo). La referida Declaración vinculó la expulsión masiva en determinadas circunstancias con el concepto de “crimen internacional” (principio 9). Sostuvo que el principio del *non-refoulement*, como “piedra angular de la protección de los refugiados”, se aplica aunque éstos no hayan sido admitidos legalmente en el Estado receptor, e independientemente de haber llegado individual o masivamente (principio 12). E instó a los Estados a poner fin a toda expulsión de carácter masivo y a establecer sistemas de “alerta inmediato” (*early warning*, principio 19).

Transcurridos dos años desde la adopción de esta Declaración, la misma fue citada en los argumentos ante el Tribunal de Reclamaciones Irán/Estados Unidos, en el caso *Leach versus Iran* (del 8 de diciembre de 1988), como “evidencia de limitaciones procesales” de la prerrogativa estatal de expulsión<sup>50</sup>. El Protocolo n.

---

<sup>48</sup> H. Lambert, “Protection against *Refoulement* from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue”, 48 *International and Comparative Law Quarterly* (1999) pp. 515-516, y cf. pp. 520, 536 y 538.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 516-518 y 544.

<sup>50</sup> *Cit. in* Luke T. Lee, “Progressive Development of Refugee Law and Its Codification”, *International Law in Transition. Essays in Memory of Judge Nagendra Singh* (eds. R.S. Pathak y R.P. Dhokalia), New Delhi/Dordrecht, Lancers/Nijhoff, 1992, pp. 114-115.



4 (de 1963) a la Convención Europea de Derechos Humanos prohíbe efectivamente la expulsión colectiva de extranjeros (artículo 4). Y aún en casos individuales, si la expulsión de un extranjero genera una separación de los miembros de la unidad familiar, acarrea una violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos; por consiguiente, los Estados Partes en esta última ya no tienen discrecionalidad total de expulsar de su territorio extranjeros que ya hayan establecido un “vínculo genuino” con ellos<sup>51</sup>.

Los límites de la discrecionalidad estatal en cuanto al trato de cualesquiera personas bajo la jurisdicción de los Estados Partes en tratados de derechos humanos fueron resaltados, v.g., en los casos célebres de los *East African Asians*. En aquellos casos, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos concluyó que 25 de los demandantes (que habían retenido su status de ciudadanos británicos después de la independencia de Kenia y Uganda, para verse libres de controles migratorios) habían sido victimados por una nueva ley británica<sup>52</sup> que ponía término al derecho de entrada de ciudadanos británicos que no tenían vínculos ancestrales con el Reino Unido. En el entender de la Comisión Europea (Informe de 1973), esta ley constituía un acto de discriminación racial que caracterizaba un “trato degradante” en los términos del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>53</sup>. Años después, la misma Comisión Europea confirmó su posición al respecto, en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali versus Reino Unido* (1985), en el cual advirtió que la discrecionalidad estatal en materia de inmigración tiene límites por cuanto un Estado no puede implementar políticas basadas en la discriminación racial<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> H.G. Schermers, “The Bond between Man and State”, *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für R. Bernhardt* (eds. U. Beyerlin et al), Berlin, Springer Verlag, 1995, pp. 192-194.

<sup>52</sup> Promulgada poco después de la política de “africanización” adoptada por los gobiernos de Kenia y Uganda.

<sup>53</sup> A pesar de que el caso jamás llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos, y de que el Comité de Ministros no se pronunció sobre tal violación de la Convención Europea, aguardó hasta que todos los demandantes fueran admitidos al Reino Unido para concluir que ya no era necesario tomar cualquier otra providencia. D.J. Harris, M. O’Boyle y C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, pp. 81-82 y 695.

<sup>54</sup> *Cit. in ibid.*, p. 82. La antigua Comisión Europea cuidó de caracterizar la “expulsión colectiva de extranjeros”, para el fin de la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 4 del Protocolo n. 4 a la Convención Europea, tal como ilustrado por sus consideraciones en el caso *A. et alii versus*

A pesar de que la Convención Europea no contiene el derecho a no ser expulsado de uno de los Estados partes, muy temprano en la operación de la Convención se aceptó que había límites a la facultad de los Estados partes de controlar la entrada y salida de extranjeros, en razón de las obligaciones contraídas bajo la misma Convención, como ilustrado, v.g., por las referentes al artículo 8 (sobre el derecho al respeto por la vida privada y familiar). Así, aunque no exista una definición general de “vida familiar”, muy pronto se desarrolló una jurisprudencia protectora al respecto, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto. Dicha jurisprudencia, teniendo presente, *inter alia*, el principio de la proporcionalidad, ha estipulado restrictivamente las condiciones de expulsión bajo el artículo 8 de la Convención Europea<sup>55</sup>.

### **El reconocimiento del derecho de *permanecer* en el propio hogar**

El desarraigo como problema de los derechos humanos no pasó desapercibido en el ciclo de Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de noventa. Ya en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Viena, 1993), el propio ACNUR reconoció la necesidad de dedicar mayor atención al alcance del derecho de permanecer con seguridad en el propio hogar (de no ser forzado al exilio) y del derecho de retornar con seguridad al hogar. El ACNUR se manifestó expresamente en este sentido en los debates de la referida Conferencia Mundial de Viena de 1993.

En la nueva visión o estrategia del ACNUR, el derecho de *permanecer* se encuentra:

(...) implícito en el derecho de salir del propio país y de retornar a él. En su forma más simple se podría decir que incluye el derecho a la libertad

---

*Holanda* (1988), interpuesto por 23 personas de nacionalidad surinamesa; cf. European Commission of Human Rights, application n. 14209/88 (decision of 16.12.1988), in *Decisions and Reports*, vol. 59. Strasbourg, C.E., 1989, pp. 274-280.

<sup>55</sup> M.E. Villiger, “Expulsion and the Right to Respect for Private and Family Life (Article 8 of the Convention). An Introduction to the Commission’s Case-Law”, *Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in Honour of G.J. Wiarda / Protection des droits de l’homme: La dimension européenne. Mélanges en l’honneur de G.J. Wiarda* (eds. F. Matscher y H. Petzold), Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 1988, pp. 657-658 y 662.

de movimiento y residencia dentro del propio país. Es inherente al artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que nadie será sometido a exilio arbitrario. Está vinculado también a otros derechos humanos fundamentales porque, cuando las personas son forzadas a abandonar sus hogares, toda una serie de otros derechos es amenazada, inclusive el derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona, la no-discriminación, el derecho a no ser sometido a tortura o tratamiento degradante, el derecho a la privacidad y a la vida familiar<sup>56</sup>.

El derecho a no ser forzado al exilio, en esta perspectiva, “implica el deber concomitante del Estado de proteger las personas contra el desplazamiento bajo coerción”<sup>57</sup>; el objetivo fundamental del ACNUR es, pues, “asegurar que las personas en necesidad de protección reciban tal protección”<sup>58</sup>. Para esto hay que examinar las causas de los problemas de los refugiados y desplazados, lo que sólo es posible dentro del marco de la plena vigencia de los derechos humanos. Dicho examen es la esencia de la prevención, dirigida al mejoramiento de las condiciones de vida de la población, así como al perfeccionamiento de las instituciones nacionales que protegen los derechos humanos.

El Programa de Acción adoptado por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo, 5 al 13 de septiembre de 1994), a su vez, advirtió que, en el período de 1985-1993, el número de refugiados se duplicó (de 8 y medio millones a 19 millones), a consecuencia de factores múltiples y complejos, inclusive “violaciones masivas de derechos humanos”<sup>59</sup>, e instó a los Estados a “respetar el principio del *non-refoulement*” (cf. *infra*) y a salvaguardar el derecho de las personas de “permanecer en seguridad en sus hogares”, absteniéndose de políticas y prácticas que las fuercen a huir<sup>60</sup>. Significativamente, el documento final de la Conferencia del Cairo insistió en el “pleno respeto por los varios

---

<sup>56</sup> UNHCR, *Statement by the United Nations High Commissioner for Refugees (Mrs. Sadako Ogata) to the XLIX Session of the Commission on Human Rights*, Ginebra, 3 de marzo de 1993, p. 10 (mecanografiado, circulación interna).

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>59</sup> U.N., *Population and Development. Programme of Action Adopted at the International Conference on Population and Development* (Cairo, 5-13 September 1994), doc. ST/ESA/Ser.A/149, N.Y., U.N., 1995, p. 55, párr. 10/21.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 56, párrs. 10/27 y 10/23.

valores éticos y religiosos y *backgrounds* culturales del pueblo de cada país”<sup>61</sup>.

En su Informe sobre *Derechos Humanos y Éxodos en Masa* (1997), el entonces Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos recordó la importancia atribuida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Estambul, Habitat-II, 1996) a los asentamientos humanos en la realización de los derechos humanos. Recordó, además, las recomendaciones de la Conferencia Mundial de Estambul sobre “la prevención de las expulsiones, el fomento de los centros de refugio y el apoyo prestado a los servicios básicos y las instalaciones de educación y salud en favor de las personas desplazadas, entre otros grupos vulnerables”<sup>62</sup>.

En efecto, un examen detallado de la Declaración de Estambul sobre Asentamientos Humanos y de la Agenda Habitat (1996) revela que, de todos los documentos finales de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de noventa, los de la Conferencia Habitat-II de Estambul de 1996 fueron los que mejor articularon las dimensiones cultural y espiritual de la protección de los desplazados y los migrantes. Así, después de advertir que más de un billón de personas viven hoy en “pobreza absoluta”, la referida Declaración de Estambul destacó el valor cultural y espiritual de los estándares de asentamiento humano y su conservación y rehabilitación<sup>63</sup>.

En la misma línea de pensamiento, la Agenda Habitat, al detenerse en la protección de los refugiados, desplazados y migrantes (en relación con la falta de abrigo adecuado), identificó en la pobreza y las violaciones de los derechos humanos factores que conllevan a migraciones<sup>64</sup>. Además, destacó la importancia de la preservación de la identidad cultural de los migrantes, y de la

---

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 74, párr. 14/3(f); p. 79, párr. 15/13; y cf. p. 27, párr. 6/22, para el llamado al respeto de la cultura, de la espiritualidad y de los modos de vida de los pueblos indígenas.

<sup>62</sup> Naciones Unidas, documento E/CN.4/1997/42, de 14 de enero de 1997, p. 21, párr. 61.

<sup>63</sup> U.N., *Habitat Agenda and Istanbul Declaration* (II U.N. Conference on Human Settlements, Istanbul, June 1996), N.Y., U.N., 1996, pp. 7-8.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 78-79 y 158-159.

igualdad de oportunidades para el desarrollo personal, cultural, social y espiritual de todos<sup>65</sup>. La Agenda Habitat enfatizó la importancia del cultivo, por las nuevas generaciones, de su herencia histórica, cultural y espiritual, indispensable para una vida comunitaria estable<sup>66</sup>. En fin, desde esta óptica, la Agenda Habitat propugnó por la construcción de un mundo de paz y estabilidad, sobre la base de una “visión ética y espiritual”<sup>67</sup>.

De los mencionados documentos finales de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de los noventa (*supra*), se puede desprender que el Derecho Internacional pasa a ocuparse cada vez más de la cuestión de las migraciones, y del desarraigo como problema de los derechos humanos. Los análisis de la materia, desde el prisma no sólo jurídico sino también sociológico, destacan aspectos que no pueden pasar desapercibidos por los juristas. La globalización de la economía se hace acompañar de la persistencia (y en varias partes del mundo del agravamiento) de las disparidades nacionales; se puede por ejemplo constatar un contraste marcado entre la pobreza de los países de origen de las migraciones (a veces clandestinas) y los recursos incomparablemente mayores de los países receptores de migrantes<sup>68</sup>.

Los migrantes (particularmente los indocumentados o ilegales) se encuentran frecuentemente en una situación de gran vulnerabilidad (mayor que la de los nacionales), ante el riesgo del empleo precario (en la llamada “economía informal”), el propio desempleo y la pobreza (también en el país receptor)<sup>69</sup>. A esto se suma el choque o la distancia cultural, que hace que los migrantes busquen cultivar nuevos lazos de solidaridad, como referencias colectivas, y el cultivo de sus raíces y prácticas culturales originales y de sus valores espirituales (como, de modo especial, los relativos a los ritos fúnebres, al respeto a sus muertos y su memoria)<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> *Ibid.*, pp. 15, 23 y 34.

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp. 98 y 121-122.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>68</sup> H. Domenach y M. Picouet, *Les migrations*, Paris, PUF, 1995, pp. 58-61 y 111.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>70</sup> *Ibid.*, pp. 48 y 82-83, y cf. pp. 84-85.

## Los derechos humanos de los desarraigados

Desafortunadamente, la práctica revela que no siempre ha prevalecido el derecho de *permanecer* en el hogar; pero siempre que ocurre el desplazamiento, hay que salvaguardar los derechos humanos de los desarraigados. A pesar de la persistencia del problema del desplazamiento interno a lo largo sobre todo de las dos últimas décadas, solamente en el primer trimestre de 1998, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, teniendo presentes los informes del Representante del Secretario-General de las Naciones Unidas sobre Desplazados Internos (Sr. F. M. Deng)<sup>71</sup>, logró adoptar los llamados *Principios Básicos sobre Desplazamiento Interno* de 1998 (*Guiding Principles on Internal Displacement*), con miras a reforzar y fortalecer las vías de protección ya existentes<sup>72</sup>; en este espíritu, los nuevos principios propuestos se aplican tanto a gobiernos como a grupos insurgentes, en todas las etapas del desplazamiento. El principio básico de la *no-discriminación* ocupa una posición central en el mencionado documento de 1998<sup>73</sup>, el cual cuida de enumerar los mismos derechos, de los desplazados internos, y de los cuales disfrutaban las demás personas en su país<sup>74</sup>.

Los referidos *Principios Básicos* de 1998 determinan que el desplazamiento no puede violar los derechos a la vida, a la dignidad, a la libertad y a la seguridad de los afectados (Principios 8 y siguientes). El documento también afirma otros derechos, como el derecho al respeto de la vida familiar (Principio 17), el derecho a un patrón adecuado de vida (Principio 18), el derecho a la igualdad ante la ley (Principio 20), el derecho a la educación (Principio 23)<sup>75</sup>. La

---

<sup>71</sup> Dichos informes enfatizaron la importancia de la prevención. Según Deng, cualquier estrategia para proteger los desplazados internos debe tener por primer objetivo la prevención de conflictos, la remoción de las causas subyacentes del desplazamiento, vinculando las cuestiones humanitarias con las de derechos humanos. F.M. Deng, *Internally Displaced Persons* (Interim Report), N.Y., RPG/DHA, 1994, p. 21.

<sup>72</sup> Sobre todo mediante las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados; cf. Roberta Cohen y Francis Deng, *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Washington D.C., Brookings Institution, 1998, cap. III, pp. 75 y 78-85.

<sup>73</sup> Principios 1 (1), 4 (1), 22, 24 (1).

<sup>74</sup> Afirma, además, la prohibición del “desplazamiento arbitrario” (Principio 6).

<sup>75</sup> El documento se refiere, en fin, al retorno, reasentamiento y reintegración de los desplazados (Principios 28-30). Para la adopción del documento, cf. ONU, doc. E/CN.4/1998/L.98, de 14 de abril de 1998, p. 5.

idea básica subyacente a todo el documento es en el sentido de que los desplazados internos no pierden sus derechos inherentes, en razón del desplazamiento y pueden invocar la normativa internacional pertinente de protección para salvaguardar sus derechos<sup>76</sup>.

Una corriente de la doctrina europea contemporánea ha invocado el derecho de la responsabilidad internacional del Estado para declarar la práctica estatal generadora de refugiados y desplazados como un acto internacionalmente ilícito (sobre todo ante la presencia del elemento de *culpa lata*)<sup>77</sup>. Una justificativa para esta elaboración doctrinal reside en el hecho de que los instrumentos internacionales de protección de los refugiados han limitado la previsión de obligaciones solamente a los Estados de recepción, pero no en relación con los Estados de origen de los refugiados; a partir de esta constatación, se invoca una norma consuetudinaria de derecho humanitario prohibitivo de la provocación de flujos de refugiados<sup>78</sup>. A partir de ahí se establecen las consecuencias del acto internacionalmente ilícito de generar flujos de refugiados –que se aplicarían *a fortiori* a flujos migratorios súbitos–, inclusive para efectos de reparaciones.

Estos esfuerzos representan, a mi modo de ver, aspectos tanto positivos como negativos. Por un lado, amplían el horizonte para el examen de la materia, abarcando a un mismo tiempo tanto el Estado de recepción como el de origen (de los refugiados), y velando por la protección de los derechos humanos en ambos. Por otro lado, pasan al plano de las reparaciones con un enfoque esencialmente jusprivatista, justificando inclusive sanciones a Estados que, a rigor, no son los únicos responsables por los flujos poblacionales forzados. En un mundo “globalizado” de profundas desigualdades e iniquidades como el de nuestros días, del primado de la crueldad

---

<sup>76</sup> R. Cohen y F. Deng, *op. cit. supra* n. (73), p. 74.

<sup>77</sup> P. Akhavan y M. Bergsmo, “The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States”, 58 *Nordic Journal of International Law. Acta Scandinavica Juris Gentium* (1989) pp. 243-256; y cf. R. Hofmann, “Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility”, 45 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1985) pp. 694-713.

<sup>78</sup> W. Czaplinski y P. Sturma, “La responsabilité des États pour les flux de réfugiés provoqués par eux”, 40 *Annuaire français de Droit international* (1994) pp. 156-169.

económico-financiera anti-histórica (que hace abstracción de los sufrimientos de las generaciones pasadas), de la irrupción de tantos conflictos internos desagregadores, ¿cómo identificar el origen “individualizado” de tanta violencia, cómo trazar la línea divisoria, como singularizar Estados responsables –a la exclusión de otros Estados– por migraciones forzadas, cómo justificar represalias?

Tal como señalé en obra reciente<sup>79</sup>, no me parece ser éste el camino a seguir. El mal es de la propia condición humana; la cuestión de los flujos poblacionales forzados –directamente ligada a las precarias condiciones de vida de los victimados–, debe ser tratada como verdadero *tema global* que es (a la par de la responsabilidad estatal), teniendo presentes las obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano. El desarrollo conceptual de tales obligaciones constituye una alta prioridad de la ciencia jurídica contemporánea<sup>80</sup>, con énfasis especial en la prevención.

Las iniquidades del actual sistema económico-financiero internacional requieren el desarrollo conceptual del derecho de la responsabilidad internacional, para abarcar a la par de los Estados, los agentes del sistema financiero internacional y los agentes no-estatales en general (los detentores del poder económico). En el presente contexto del desarraigo, la temática de la responsabilidad internacional debe ser abordada no tanto a partir de un enfoque estatocéntrico, i.e., en el marco de las relaciones puramente interestatales, sino más bien en el de las relaciones del Estado *vis à vis* todos los seres humanos bajo su jurisdicción. En el centro de las preocupaciones se sitúa, como no podría dejar de ser, la persona humana.

En cuanto a la prevención del desarraigo, recuérdese que el antecedente, en el plano de las Naciones Unidas, del sistema de “alerta inmediata” (*early warning*), emanó de una propuesta al inicio de los años ochenta del *rapporteur* especial sobre la cuestión de los

---

<sup>79</sup> A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 272-276.

<sup>80</sup> Cf., en ese sentido, mis Votos Razonados en los siguientes casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso *Blake versus Guatemala* (Sentencia sobre el fondo, 1998, Serie C, n. 36, párrs. 26-30); caso *Blake versus Guatemala* (Sentencia sobre reparaciones, 1999, Serie C, n. 48, párrs. 39-40 y 45); caso *Las Palmeras*, relativo a Colombia (Sentencia sobre excepciones preliminares, 2000, Serie C, s/n., párrs. 1-15, todavía no publicado).



derechos humanos y éxodos en masa. Posteriormente, se relacionó este tema con la cuestión de los desplazados internos<sup>81</sup>. Todo esto revela, en última instancia, la importancia de la prevalencia del derecho al desarrollo como un derecho humano, así como la *dimensión preventiva* de las interrelaciones del desarrollo con los derechos humanos<sup>82</sup>. La materia ha atraído considerable atención en las ya citadas Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de noventa, que han proveído importantes elementos para su consideración<sup>83</sup> (cf. *supra*).

### **El fenómeno del desarraigo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

El fenómeno del desarraigo como problema de los derechos humanos, que en los últimos años empezó a atraer la atención de la bibliografía especializada<sup>84</sup>, ha sido tratado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia reciente tanto en materia de Medidas Provisionales de Protección como en el ejercicio de su función consultiva. La referida cuestión ha sido sometida a la consideración de la Corte Interamericana en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana*; la Corte adoptó Medidas Provisionales de Protección en Resolución adoptada el día 18 de agosto del 2000. Dichas medidas tuvieron por objeto proteger la vida e integridad personal de cinco individuos, evitar la deportación o expulsión de dos de ellos, permitir el retorno inmediato a la República Dominicana de otros

---

<sup>81</sup> Cf. ONU, documento E/CN.4/1995/CRP.1, de 30 de enero de 1995, pp. 1-119.

<sup>82</sup> Cf., recientemente, v.g., PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2000*, Madrid, Ed. Mundi-Prensa, 2000, pp. 1-290.

<sup>83</sup> Para un estudio reciente, cf. A. A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", en *Japan and International Law. Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309.

<sup>84</sup> Cf., v.g., Virginia Trimarco, "Reflexiones sobre la Protección Internacional en los '90", *Derecho Internacional de los Refugiados* (ed. J. Irigoien Barrenne), Santiago, Ed. Universidad de Chile, 1993, pp. 88-113; Diego García-Sayán, "El Refugio en Situación de Violencia Política", en *ibid.*, pp. 114-125; Cristina Zeledón, "Derechos Humanos y Políticas Frente a la Mundialización de los Flujos Migratorios y del Exilio", *Migrações Contemporâneas: Desafio à Vida, à Cultura e à Fé*, Brasília, CSEM, 2000, pp. 97-111.

dos y la reunificación familiar de dos de ellos con sus hijos menores, además de la investigación de los hechos.

En mi Voto Concurrente en la Resolución de la Corte en el referido caso, me permití, al señalar la dimensión verdaderamente global del fenómeno contemporáneo del *desarraigo* –que se manifiesta en diferentes regiones del mundo y representa un gran desafío al Derecho Internacional de los Derechos Humanos– advertir que:

En efecto, en un mundo ‘globalizado’ –el nuevo eufemismo *en vogue*– se abren las fronteras a los capitales, inversiones, bienes y servicios, pero no necesariamente a los seres humanos. Se concentran las riquezas cada vez más en manos de pocos, al mismo tiempo en que lamentablemente aumentan, de forma creciente (y estadísticamente comprobada), los marginados y excluidos. Las lecciones del pasado parecen olvidadas, los sufrimientos de generaciones anteriores parecen haber sido en vano. El actual frenesí ‘globalizante’, presentado como algo inevitable e irreversible –en realidad configurando la más reciente expresión de un perverso neodarwinismo social– muéstrase enteramente desprovisto de todo sentido histórico (párrs. 2-3).

Proseguí ponderando que este es, para mí, un cuadro revelador que en este umbral del siglo XXI,

(...) el ser humano ha sido por sí mismo situado en escala de prioridad inferior a la atribuida a los capitales y bienes–, a pesar de todas las luchas del pasado, y de todos los sacrificios de las generaciones anteriores. (...) Como consecuencia de esta tragedia contemporánea –causada esencialmente por el propio hombre–, perfectamente evitable si la solidaridad humana primase sobre el egoísmo, surge el nuevo fenómeno del desarraigo, sobre todo de aquellos que buscan escapar del hambre, de las enfermedades y de la miseria con graves consecuencias e implicaciones para la propia normativa internacional de la protección del ser humano (párr. 4)<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> En el párrafo siguiente, observé que “ya en 1948, en un ensayo luminoso, el historiador Arnold Toynbee, cuestionando (en su libro *Civilization on Trial*) las propias bases de lo que se entiende por *civilización* –o sea, avances bastante modestos en los planos social y moral–, lamentó que el dominio alcanzado por el hombre sobre la naturaleza no-humana desafortunadamente no se extendió al plano espiritual” (párr. 5). Ya a mediados del siglo XX, corrientes distintas del

Con el desarraigo, proseguí, uno pierde sus medios espontáneos de expresión y de comunicación con el mundo exterior, así como la posibilidad de desarrollar un *proyecto de vida*: “es, pues, un problema que concierne a todo el género humano, que involucra la totalidad de los derechos humanos, y, sobre todo, que tiene una dimensión espiritual que no puede ser olvidada, aún más en el mundo deshumanizado de nuestros días” (párr. 6).

Sobre este primer aspecto del problema, concluí que:

el problema del desarraigo debe ser considerado en un marco de la acción orientada a la erradicación de la exclusión social y de la pobreza extrema—, si es que se desea llegar a sus causas y no solamente combatir sus síntomas. Se impone el desarrollo de respuestas a nuevas demandas de protección, aunque no estén literalmente contempladas en los instrumentos internacionales de protección del ser humano vigentes. El problema sólo puede ser enfrentado adecuadamente teniendo presente la indivisibilidad de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) (párr. 7).

En seguida pasé a abordar, en mi Voto Concurrente, a la par de la *dimensión global*, el otro aspecto del problema del desarraigo, el de la *responsabilidad estatal*. Después de dejar constancia de “los vacíos y lagunas de la normativa de protección existente” sobre la materia, me permití advertir:

Nadie cuestiona, por ejemplo, la existencia de un derecho a *emigrar*, como corolario del derecho a la libertad de movimiento. Pero los Estados aún no aceptaron un derecho a *inmigrar* y a *permanecer* donde uno se encuentre. En lugar de políticas poblacionales, los Estados, en su gran mayoría, ejercen más bien la función policial de proteger sus fronteras y controlar los flujos migratorios, sancionando los llamados migrantes *ilegales*. Como, a juicio de los Estados, no hay un derecho humano de inmigrar y de permanecer donde uno esté, el control de los ingresos migratorios, sumado a los procedimientos de deportaciones y expulsiones, encuéntrase

---

pensamiento filosófico de entonces se rebelaban contra la deshumanización de las relaciones sociales y la despersonalización del ser humano, generadas por la sociedad tecnocrática, que trata el individuo como simple agente de producción material; cf., v.g., *inter alia*, Roger Garaudy, *Perspectivas do Homem*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1968, pp. 141-143 y 163-165.

sujetos a sus propios criterios soberanos. No sorprende que de ahí advengan inconsistencias y arbitrariedades (párr. 8).

La normativa de protección atinente a los derechos humanos sigue siendo insuficiente, ante la falta de acuerdo en cuanto a las bases de una verdadera cooperación internacional referente a la protección de todos los desarraigados. No hay normas jurídicas eficaces sin los valores correspondientes, a ellas subyacentes<sup>86</sup>. En relación con el problema en cuestión, algunas normas de protección ya existen, pero faltan el reconocimiento de los valores, y la voluntad de aplicarlas; no es mera casualidad, por ejemplo, que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares<sup>87</sup>, una década después de aprobada, aún no haya entrado en vigor” (párr. 9).

A mi entender, “la cuestión del desarraigo debe ser tratada no a la luz de la soberanía estatal, sino más bien como problema de dimensión verdaderamente *global* que es (requiriendo una concertación a nivel universal), teniendo presentes las obligaciones *erga omnes* de protección” (párr. 10). A pesar de ser el desarraigo “un problema que afecta a toda la *comunidad internacional*”, continúe advirtiendo,

sigue siendo tratado de forma atomizada por los Estados, con la visión de un ordenamiento jurídico de carácter puramente interestatal, sin parecer darse cuenta de que el modelo westphaliano de dicho ordenamiento internacional se encuentra, ya hace mucho tiempo, definitivamente agotado. Es precisamente por esto que los Estados no pueden eximirse de responsabilidad en razón del carácter global del desarraigo, por cuanto siguen aplicando al mismo sus

---

<sup>86</sup> Obsérvese que la propia doctrina jurídica contemporánea ha sido simplemente omisa en relación con la Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares (1990), a pesar de la gran significación de que ésta se reviste. La idea básica subyacente en esta Convención es que todos los migrantes –inclusive los *indocumentados* e *ilegales*– deben disfrutar de sus derechos humanos independientemente de su situación jurídica. De ahí la posición central ocupada, también en este contexto, por el principio de la *no-discriminación* (artículo 7). No sorprendentemente, el elenco de los derechos protegidos sigue una visión necesariamente holística o integral de los derechos humanos (abarcando derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).

<sup>87</sup> Que prohíbe medidas de expulsión colectiva, y determina que cada caso de expulsión deberá ser “examinado y decidido individualmente”, conforme a la ley (artículo 22).

propios criterios de ordenamiento interno. (...) El Estado debe, pues, responder por las consecuencias de la aplicación práctica de las normas y políticas públicas que adopta en materia de migración, y en particular de los procedimientos de deportaciones y expulsiones (párrs. 11-12).

Por último, en mi Voto Concurrente supracitado, insistí en el énfasis que debe darse a la *prevención* del desarraigo (párr. 13), inclusive mediante las Medidas Provisionales de Protección adoptadas por la Corte en el presente caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiana en la República Dominicana* (2000).

La indivisibilidad de todos los derechos humanos, proseguí:

se manifiesta tanto en el fenómeno del desarraigo (cf. *supra*) como en la aplicación de las medidas provisionales de protección. Siendo así, no hay, jurídica y epistemológicamente, impedimento alguno a que dichas medidas, que hasta el presente han sido aplicadas por la Corte Interamericana en relación con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal (artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sean aplicadas también en relación con otros derechos protegidos por la Convención Americana. Siendo todos estos derechos interrelacionados, se puede perfectamente, a mi entender, dictar medidas provisionales de protección de cada uno de ellos, siempre y cuando se reúnan los dos requisitos de la ‘extrema gravedad y urgencia’ y de la ‘prevención de daños irreparables a las personas’, consagrados en el artículo 63(2) de la Convención (párr. 14).

En cuanto a los derechos protegidos, agregué,

entiendo que la extrema gravedad del problema del desarraigo acarrea la extensión de la aplicación de las medidas provisionales tanto a los derechos a la vida y a la integridad personal (artículos 4 y 5 de la Convención Americana) como a los derechos a la libertad personal, a la protección especial de los niños en la familia, y de circulación y residencia (artículos 7, 19 y 22 de la Convención), como en el presente caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana*. Es ésta la primera vez en su historia que la Corte procede de ese modo, a mi modo de ver correctamente, consciente de la necesidad de desarrollar, por su jurisprudencia evolutiva, nuevas vías de protección inspiradas en la realidad de la intensidad del propio sufrimiento humano (párr. 15).

Después de algunas otras observaciones, concluí mi referido Voto Concurrente con la ponderación siguiente:

Al Derecho está reservado un papel de fundamental importancia para atender a las nuevas necesidades de protección del ser humano, particularmente en el mundo deshumanizado en que vivimos. Al inicio del siglo XXI, urge, en definitiva, situar el ser humano en el lugar que le corresponde, a saber, en el centro de las políticas públicas de los Estados (como las poblacionales) y de todo proceso de desarrollo, y ciertamente por encima de los capitales, inversiones, bienes y servicios. Urge, además, desarrollar conceptualmente el derecho de la responsabilidad internacional, de modo a abarcar, a la par de la estatal, también la responsabilidad de actores no-estatales. Es éste uno de los mayores desafíos del poder público y de la ciencia jurídica en el mundo 'globalizado' en que vivimos, desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos (párr. 25).

Más recientemente, en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, se planteó la cuestión de la protección de los miembros de una "Comunidad de Paz" en Colombia, ordenada por una Resolución, sobre Medidas Urgentes, dictada por el Presidente de la Corte Interamericana, el 9 de octubre del 2000. Dichas medidas fueron ratificadas por la Corte en pleno, la cual, en su Resolución sobre Medidas Provisionales del 24 de noviembre del 2000, al extenderlas a todos los miembros de la Comunidad, requirió al Estado que asegurase las condiciones necesarias para que las personas de la mencionada Comunidad "que se hayan forzadas a desplazarse a otras zonas del país, regresen a sus hogares"<sup>88</sup>.

En cuanto al ejercicio de su función, la Corte Interamericana emitió el día 1 de octubre de 1999, su 16a. Opinión Consultiva sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Un pronunciamiento pionero, que ha servido desde entonces de inspiración a la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* al respecto, y que tiene incidencia en la cuestión de la protección de los desarraigados.

La referida 16a. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sostuvo que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre

---

<sup>88</sup> Punto resolutivo n. 6 de la citada Resolución; y cf. el Voto Razonado Concurrente de los Jueces A. Abreu Burelli y S. García Ramírez.

Relaciones Consulares (1963) concierne a la protección de los derechos del detenido extranjero, a quien reconoce el derecho individual a la pronta información sobre la asistencia consular<sup>89</sup>. Agregó que este derecho confiere eficacia, en los casos concretos, al derecho al debido proceso legal, susceptible de expansión; y que debe ser respetado por todos los Estados Partes, independientemente de su estructura federal o unitaria<sup>90</sup>.

La inobservancia de tal derecho subrayó la Opinión Consultiva No. 16, afecta las garantías del debido proceso legal, y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”<sup>91</sup>, “con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación”<sup>92</sup>. Esta trascendental Opinión Consultiva de la Corte Interamericana tiene relevancia directa para toda persona privada de su libertad en el exterior, inclusive, naturalmente, los migrantes.

En mi Voto Concurrente en esta Opinión Consultiva No. 16, observé que la evolución de las normas internacionales de protección ha sido “impulsada por nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos” (párr. 15). Y me permití formular la siguiente ponderación:

La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones *de jure*, notadamente *vis à vis* los migrantes), en un mundo ‘globalizado’ en que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no necesariamente a los seres humanos.

---

<sup>89</sup> OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, puntos resolutivos 1-3.

<sup>90</sup> *Ibid.*, puntos resolutivos 6 y 8.

<sup>91</sup> En los términos del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>92</sup> OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, punto resolutivo n. 7.

Los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico y en un idioma diferentes de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar (párr. 23).

Y concluí mi Voto Concurrente observando que “en este final de siglo, tenemos el privilegio de testimoniar el proceso de *humanización* del derecho internacional, que hoy alcanza también este aspecto de las relaciones consulares. En la confluencia de estas con los derechos humanos, se ha cristalizado el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular, de que son titulares todos los seres humanos que se vean en necesidad de ejercerlo: dicho derecho individual, situado en el universo conceptual de los derechos humanos, es hoy respaldado tanto por el derecho internacional convencional como por el derecho internacional consuetudinario” (párr. 35).

### **El principio del *non-refoulement* como *jus cogens***

El próximo punto a considerar concierne al principio del *non-refoulement*. Las primeras referencias al *non-refoulement* surgieron en la práctica internacional en el período de entre-guerras, sobre todo a partir de mediados de los años treinta<sup>93</sup>; pero fue en el período posterior a la II Guerra Mundial que el *non-refoulement* se configuró como un *principio básico* del Derecho Internacional de los Refugiados, consagrado en el artículo 33 de la Convención Relativa al Status de los Refugiados de 1951, y, años después, también en el artículo II (3) de la Convención de la OUA por la que se Regulan Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados en África de 1969<sup>94</sup>.

El contenido normativo del principio del *non-refoulement* también encontró expresión en tratados de derechos humanos tales como la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950

<sup>93</sup> Cf., v.g., el artículo 3 de la Convención Relativa al Status Internacional de los Refugiados (de 1933), la cual, sin embargo, sólo alcanzó ratificaciones de ocho Estados.

<sup>94</sup> Cf. G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 117-124, y cf. pp. 135 y 167.



(artículo 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 22 [8]), y, más recientemente, y de manera categórica, en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 (artículo 3)<sup>95</sup>. A pesar de su desarrollo histórico relativamente reciente, se puede decir que ya en los años siguientes al fin de la guerra del Vietnam (fines de los años setenta e inicio de los ochenta) el *non-refoulement* pasaba a ser considerado como un principio del propio derecho internacional consuetudinario<sup>96</sup> más allá de la aplicación de los tratados de derecho de los refugiados y de derechos humanos.

El próximo paso fue dado por la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, que pasó a referir el principio del *non-refoulement* al dominio del propio *jus cogens*<sup>97</sup>. Esta caracterización ha encontrado respaldo también en la doctrina contemporánea al respecto<sup>98</sup> la cual necesita, sin embargo, un mayor desarrollo

---

<sup>95</sup> A su vez, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 prefiere centrarse más bien en el instituto del asilo (artículo 12(3)).

<sup>96</sup> Recientemente, esta tesis fue reiterada por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario, de San Remo. Con ocasión del cincuentenario de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, el referido Instituto adoptó la *Declaración de San Remo sobre el Principio del Non-Refoulement* (de septiembre de 2001), según la cual aquel principio, consagrado en el artículo 33 de la citada Convención, forma “parte integrante del derecho internacional consuetudinario”. En su *Nota Explicativa* sobre el mismo principio, afirmó el Instituto de San Remo: “*The principle of non-refoulement of refugees can be regarded as embodied in customary international law on the basis of the general practice of States supported by a strong opinio juris. The telling point is that, in the last half-century, no State has expelled or returned a refugee to the frontiers of a country where his life or freedom would be in danger –on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion– using the argument that refoulement is permissible under contemporary international law. Whenever refoulement occurred, it did so on the grounds that the person concerned was not a refugee (as the term is properly defined) or that a legitimate exception applied. As the International Court of Justice pointed out in a different context, in the 1986 Nicaragua Judgment, the application of a particular rule in the practice of States need not be perfect for customary international law to emerge: if a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, this confirms rather than weakens the rule as customary international law*”. International Institute of Humanitarian Law, *San Remo Declaration on the Principle of Non-Refoulement*, San Remo, IHL, 2001, pp. 1-2.

<sup>97</sup> Conclusión quinta.

<sup>98</sup> Cf., v.g., Jaime Ruiz de Santiago, “Derechos Humanos y Protección Internacional de los Refugiados”, *XV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* (1988), Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1989, pp. 250 y 243; Roberto Garretón,

conceptual al respecto (cf. *infra*). Nunca es demasiado reiterar la importancia capital del principio del *non-refoulement*, verdadera piedra angular de toda la protección internacional de los refugiados.

Quizás sea necesario recordar en nuestros días el carácter imperativo del *non-refoulement*, en relación con la normativa tanto del Derecho Internacional de los Refugiados como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como oportunamente señala la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994<sup>99</sup>. La ya citada Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (1984) consagra el principio del *non-refoulement* esencialmente para prevenir la tortura, en un contexto eminentemente de derechos humanos.

Por ello se debe tener precaución en relación con ciertos neologismos *en vogue*, que pueden, cuando mal utilizados, sugerir una indebida relativización del principio de la no-devolución. Ya en 1980, por ejemplo, en su resolución No. 19 (XXXI) sobre el llamado “refugio provisional”, el Comité Ejecutivo del ACNUR consideró necesario advertir que se debería observar “escrupulosamente” el principio de no-devolución “en todas las situaciones de gran afluencia de refugiados” (ítem [a]).

Más recientemente, en su resolución No. 82 (XLVIII) de 1997, el Comité Ejecutivo del ACNUR volvió a subrayar la importancia fundamental del *non-refoulement*, inclusive a la luz de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 (ítem [d] [i]). Sería lamentable que el uso corriente en nuestros días, de expresiones como “protección temporaria”, vinieran a rebajar los estándares de protección consolidados a lo largo de años de lucha en pro de los derechos de los refugiados y desplazados. La nueva expresión “desplazados internos en tránsito”, a veces utilizada en nuestro continente, además de peligrosa, de difícil comprensión.

Y la expresión “refugiados en órbita”, un tanto surrealista, a pesar de parecer relativizar el propio concepto clásico de “refugiado”, ha sido sin embargo incorporada al vocabulario de la bibliografía

---

“Principio de No Devolución: Fuerza Normativa, Alcances, Aplicación en los Países No Partes en la Convención”, *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Memoria del Coloquio Internacional* (San José, diciembre de 1994), San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 1995, pp. 229-230.

<sup>99</sup> Conclusión decimosexta, letra (a).

especializada contemporánea sobre la materia, sin mayor espíritu crítico. La metáfora parece surgida teniendo en cuenta la imagen de los astronautas. Pero si uno está “en órbita”, es decir, es expulsado de un país a otro, difícilmente se caracterizaría como refugiado *stricto sensu*; aunque se pretenda más bien ampliar la protección de los refugiados al mayor número de personas en situaciones congéneres de vulnerabilidad –lo que me parece acertado–, se debería evitar el uso de palabras o expresiones inadecuadas, quizás vacías.

Con razón señaló la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, sobre el problema de los llamados “refugiados en órbita”, que en determinadas circunstancias la “expulsión repetida de un extranjero” puede plantear un problema bajo el artículo 3 de la Convención Europea, que prohíbe el trato inhumano o degradante<sup>100</sup>. Se evita, así, el uso de una expresión un tanto rara, tratando el asunto en términos más precisos y con clara base jurídica convencional<sup>101</sup>.

Las ya mencionadas *convergencias* entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (cf. *supra*) han tenido el efecto de ampliar el contenido normativo del principio del *non-refoulement*<sup>102</sup>. Identificado, el *non-refoulement*, en el marco del primero como la prohibición del rechazo en la frontera, pasó a también asociarse, en el marco del segundo, con la prohibición absoluta de la tortura y los

---

<sup>100</sup> Application No. 8100/77, *X versus República Federal de Alemania* (no publicado), *cit. in*: N. Mole, *Problems Raised by Certain Aspects of the Present Situation of Refugees...*, *op. cit. infra* n. (106), p. 26; e *in*: N. Mole, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe/Directorate of Human Rights, doc. H/INF (2000)/8 prov., de mayo de 2000, p. 28.

<sup>101</sup> Para otras críticas que me permití formular al uso de expresiones inadecuadas, en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, cf. A. A. Cançado Trindade, “Reflexiones sobre el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (eds. J. E. Méndez y F. Cox), San José de Costa Rica, IIDH, 1998, pp. 573-603.

<sup>102</sup> A su vez, la Convención de la OUA que Regula los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África de 1969, dedica particular atención, v.g., a las condiciones de la repatriación *voluntaria* (artículo 5, párrs. 1-5), y es categórica al afirmar que “ningún refugiado será repatriado en contra de su voluntad” (párr. 1). En la disposición sobre el derecho de asilo (artículo 2), prohíbe igualmente el rechazo en la frontera, la devolución o la expulsión (párr. 3).

tratos crueles, inhumanos o degradantes, como evidenciado por su previsión en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984)<sup>103</sup>.

El principio del *non-refoulement* revela una dimensión preventiva, buscando evitar el simple *riesgo* de ser sometido a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes (resultante de una extradición, deportación o expulsión). Es lo que se desprende de la jurisprudencia internacional reciente, a niveles tanto regional como global. Lo ilustra en materia de extradición la célebre sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Soering versus Reino Unido* (1989), en el cual se infiere el *non-refoulement* bajo el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>104</sup>.

El mismo principio enunciado por la Corte Europea en el caso *Soering*, oponiéndose a la extradición con base en el artículo 3 de la Convención Europea, fue reafirmado por la misma Corte en el caso *Vilvarajah versus Reino Unido* (1991), en el cual sostuvo que la prohibición de malos tratos bajo el artículo 3 de la Convención Europea era absoluta y se aplicaba igualmente en casos de expulsión<sup>105</sup>. La referida inferencia del *non-refoulement* se da en materia tanto de extradición como de expulsión, bajo el artículo 3 de la Convención Europea.

Se puede proceder del mismo modo bajo disposiciones sobre otros derechos protegidos, como el derecho a la vida privada y familiar bajo el artículo 8 de la Convención Europea. Cuestiones planteadas en algunos casos recientes bajo la Convención Europea revelan que el artículo 8 puede efectivamente ser invocado para

---

<sup>103</sup>W. Suntinger, "The Principle of *Non-Refoulement*: Looking Rather to Geneva than to Strasbourg?", 49 *Austrian Journal of Public and International Law* (1995) pp. 203-208; G.S. Goodwin-Gill, "The International Protection of Refugees: What Future?", 12 *International Journal of Refugee Law* (2000) pp. 2-3.

<sup>104</sup>También el Comité de Derechos Humanos, bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, además de haber afirmado el principio del *non-refoulement* en sus "comentarios generales" n. 7/16 (de 1982) y 20/44 (1992), ha en su práctica, tratado la materia en casos relativos a extradición (de personas corriendo el riesgo de la pena de muerte); *cit. in* W. Suntinger, *op. cit. supra* n. (104), pp. 205, 208 y 214.

<sup>105</sup>Cf. N. Mole, *Problems Raised by Certain Aspects of the Present Situation of Refugees from the Standpoint of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe (Human Rights Files n. 9 rev.), 1997, pp. 10, 16 y 18.

proteger migrantes de segunda generación, por ejemplo, contra la deportación o la expulsión, con base en sus vínculos familiares y sociales y en sus raíces firmemente establecidas en el país de residencia<sup>106</sup>.

También ejemplifica la dimensión preventiva del principio del *non-refoulement*, en materia de expulsión el caso *Mutombo versus Suiza* (1994): el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura<sup>107</sup> concluyó que la expulsión (o retorno forzado) por Suiza del peticionario a Zaire constituiría una violación del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, por cuanto existía en aquel país un “patrón consistente” de violaciones graves y masivas de los derechos humanos<sup>108</sup>. Ciertos principios básicos, como el del *non-refoulement*, forman un mínimo irreductible de la protección de los derechos de la persona humana. Al contrario de Monsieur Jourdain, célebre personaje de Molière, que hablaba prosa sin saberlo<sup>109</sup>, los órganos internacionales de salvaguardia de los derechos humanos saben perfectamente lo que hacen, aplicando el principio del *non-refoulement* sin decirlo.

En efecto, el ámbito de aplicación del principio del *non-refoulement* se ha ampliado, tanto *ratione personae* cuanto *ratione materiae*, sobre todo a partir de los años ochenta, bajo los tratados de derechos humanos, en beneficio, además de los refugiados, a los extranjeros en general, y en última instancia, a todo y cualquier individuo, en casos de extradición, expulsión, deportación o devolución, hacia un Estado en que pueda estar en riesgo de ser sometido a tortura o trato cruel, inhumano o degradante (la dimensión preventiva)<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup>Cf., v.g., los casos *Moustaquim versus Bélgica* (1991), *Beldjoudi versus Francia* (1992), *Djeroud versus Francia* (1991), y *Lamguindaz versus Reino Unido* (1992-1993), cit. in: R. Cholewinski, “Strasbourg’s ‘Hidden Agenda’?: The Protection of Second-Generation Migrants from Expulsion under Article 8 of the European Convention on Human Rights”, 3 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1994) pp. 287-288, 292-294 y 297-299.

<sup>107</sup>Bajo la supracitada Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984).

<sup>108</sup>Cit. in W. Suntinger, *op. cit. supra* n. (104), pp. 210, 217 y 221-222.

<sup>109</sup>Molière, “Le bourgeois gentilhomme” (acto II, escena IV, y acto III, escena III), in *Oeuvres complètes*, Paris, Éd. Seuil, 1962, pp. 514-515 y 518.

<sup>110</sup>Henri Fourteau, *L’application de l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’homme dans le droit interne des États membres*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 211-212, 214, 219-220 y 227.

Considerando que ya se ha conformado en nuestros días un verdadero régimen internacional contra la tortura, las desapariciones forzadas de personas, y las ejecuciones sumarias, extra-legales y arbitrarias<sup>111</sup>, y que el principio del *non-refoulement*, con el aporte que le ha sido dado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pretende precisamente evitar el simple *riesgo* de someter a alguien a tortura (y a tratos crueles, deshumanos o degradantes), cuya prohibición es *absoluta*, ya no hay cómo dudar, en mi entender, que el principio del *non-refoulement* recae en el dominio del *jus cogens*.

La consagración de este principio fundamental del Derecho Internacional de los Refugiados, ampliado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como siendo de *jus cogens*, acarrea indudablemente, una limitación a la soberanía estatal (en materia de extradición, deportación, y expulsión), en favor de la integridad y del bien estar de la persona humana. Corresponde, además, a mi modo de ver, a una inequívoca manifestación de la visión crecientemente antropocéntrica del derecho internacional contemporáneo.

### **Reflexiones finales: La conciencia jurídica universal y la humanización del Derecho Internacional**

Lo anteriormente expuesto caracteriza el desarraigo como un problema contemporáneo de los derechos humanos particularmente grave, revelando las nuevas necesidades de protección del ser humano en este umbral del siglo XXI. En realidad, por un lado, a pesar de todos los logros alcanzados en el campo de la salvaguardia internacional de los derechos humanos en las últimas décadas, persisten violaciones y surgen nuevos desafíos a la labor de protección<sup>112</sup>. Por otro lado, las reacciones a dichas violaciones de los derechos humanos y la movilización para enfrentar los nuevos desafíos son hoy en día inmediatas. Esto se debe, a mi entender, al despertar de la conciencia jurídica universal (a la cual me he referido

---

<sup>111</sup> A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 345-358.

<sup>112</sup> Cf., al respecto, A. A. Cançado Trindade, "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise en oeuvre: obstacles et enjeux", 158 *Revue internationale des sciences sociales*, Paris/UNESCO (1998) pp. 571-582.

en mis Votos supracitados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos) para la necesidad de asegurar la protección eficaz del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias.

En este inicio del siglo XXI, podemos indagar sobre la aptitud del instrumental del Derecho Internacional Público para enfrentar nuevos problemas de los derechos humanos como el del desarraigo, afectando un segmento considerable de la población mundial (cf. *supra*). En una evaluación muy reciente de las profundas transformaciones por que pasó el Derecho Internacional Público a lo largo del siglo XX y de los rumbos de la disciplina en este inicio del siglo XXI, me permití expresar mi entendimiento de que tales desarrollos del Derecho Internacional Público en este período revelan una evolución desde un ordenamiento de simple regulación hacia un instrumental jurídico sobre todo de liberación del ser humano (o sea, desde un *jus inter gentes* hacia un nuevo *jus gentium* –derecho universal de la humanidad– en el siglo XXI).

Recordé, en efecto, que el derecho internacional tradicional, vigente en el inicio del siglo pasado, se caracterizaba por el voluntarismo estatal ilimitado, reflejado en la permisividad del recurso a la guerra, de la celebración de tratados desiguales, de la diplomacia secreta, del mantenimiento de colonias y protectorados y de zonas de influencia. Contra este orden oligárquico e injusto se insurgieron principios como los de la prohibición del uso y amenaza de la fuerza y de la guerra de agresión (y del no-reconocimiento de situaciones por estas generadas), de la igualdad jurídica de los Estados, de la solución pacífica de las controversias internacionales. Se dio, además, inicio al combate a las desigualdades (con la abolición de las capitulaciones, el establecimiento del sistema de protección de minorías bajo la Sociedad de las Naciones, y las primeras convenciones internacionales del trabajo de la OIT)<sup>113</sup>.

A mediados del siglo XX se reconoció la necesidad de la reconstrucción del derecho internacional con atención a los derechos inherentes a todo ser humano, de lo que dio elocuente testimonio la adopción de la Declaración Universal de 1948, seguida, a lo largo de cinco décadas, por más de 70 tratados de protección hoy vigentes en

---

<sup>113</sup> A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, cap. 24, pp. 1039-1048 y 1086-1109.

los planos global y regional<sup>114</sup>. El derecho internacional pasó a experimentar, en la segunda mitad del siglo XX, una extraordinaria expansión, fomentada en gran parte por la actuación de las Naciones Unidas y agencias especializadas, además de las organizaciones regionales.

La emergencia de los nuevos Estados, en medio al proceso histórico de descolonización, vino a marcar profundamente su evolución en las décadas de los cincuenta y sesenta, en medio al gran impacto en el seno de las Naciones Unidas del derecho emergente de autodeterminación de los pueblos. Se desencadenó el proceso de *democratización* del derecho internacional<sup>115</sup>. Al trascender los antiguos parámetros del derecho clásico de la paz y de la guerra, se equipó el derecho internacional para responder a las nuevas demandas y desafíos de la vida internacional, con mayor énfasis en la cooperación internacional<sup>116</sup>. En las décadas de los sesenta hasta los ochenta, los foros multilaterales se involucraron en un intenso proceso de elaboración y adopción de sucesivos tratados y resoluciones de reglamentación de los espacios<sup>117</sup>.

Se comprendió, en el desarrollo del derecho internacional a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, que *la razón de Estado tiene límites*, en la atención de las necesidades y aspiraciones de la población, y en el tratamiento ecuánime de las cuestiones que afectan toda la humanidad<sup>118</sup>. El ordenamiento internacional tradicional, marcado por el predominio de las soberanías estatales y la exclusión de los individuos, no fue capaz de evitar la intensificación de la producción y uso de armamentos de destrucción

---

<sup>114</sup> En la era de las Naciones Unidas se consolidó, paralelamente, el sistema de seguridad colectiva, el cual, sin embargo, dejó de operar satisfactoriamente en consecuencia de los *impasses* generados por la guerra fría.

<sup>115</sup> A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional...*, *op. cit. supra* n. (114), pp. 1048-1085.

<sup>116</sup> Las Naciones Unidas gradualmente volvieron su atención también al dominio económico y social, a la par del comercio internacional, sin perjuicio de su preocupación inicial y continuada con la preservación de la paz y seguridad internacionales.

<sup>117</sup> En áreas distintas como las del espacio exterior y del derecho del mar.

<sup>118</sup> A. A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", in *Quem Está Escrevendo o Futuro? 25 Textos para o Século XXI* (ed. W. Araújo), Brasília, Ed. Letraviva, 2000, pp. 99-112.



masiva y tampoco las violaciones de los derechos humanos en todas las regiones del mundo y las sucesivas atrocidades del siglo XX, inclusive las contemporáneas<sup>119</sup>.

Las notables transformaciones en el escenario mundial desencadenadas a partir de 1989, por el fin de la guerra fría y la irrupción de numerosos conflictos internos, caracterizaron los años noventa como un momento en la historia contemporánea marcado por una profunda reflexión, en escala universal, sobre las propias bases de la sociedad internacional y la formación gradual de la agenda internacional del siglo XXI. El ciclo de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas del final del siglo XX<sup>120</sup> ha procedido a una reevaluación global de muchos conceptos a la luz de la consideración de temas que afectan la humanidad como un todo.

Su denominador común ha sido la atención especial a las *condiciones de vida* de la población (particularmente de los grupos vulnerables, en necesidad especial de protección), de ahí resulta el reconocimiento universal de la necesidad de situar los seres humanos, en definitiva, en el centro de todo proceso de desarrollo<sup>121</sup>. En efecto, los grandes desafíos de nuestros tiempos –la protección del ser humano y del medio ambiente, la superación de las disparidades alarmantes entre los países y dentro de ellos, así como de la exclusión social y del desarraigo generados por la llamada “globalización” de la economía, la erradicación de la pobreza crónica y el fomento del desarrollo humano, el desarme–, han incitado a la revitalización de los propios fundamentos y principios del Derecho Internacional contemporáneo, tendiendo a hacer abstracción de soluciones jurisdiccionales y espaciales

---

<sup>119</sup> Como el holocausto, el *gulag*, seguidos de nuevos actos de genocidio, en el sudeste asiático, en Europa Central (ex-Yugoslavia) y en África (Ruanda), además de las violaciones masivas de los derechos humanos en América Latina, en el Medio Oriente y el Extremo Oriente.

<sup>120</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 1992; II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Viena, 1993; Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, Cairo, 1994; Cumbre Mundial para el Desarrollo Social, Copenhague, 1995; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995; II Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos, Habitat-II, Estambul, 1996. A estas siguió, más recientemente, la Conferencia de Roma sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, 1998.

<sup>121</sup> A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional...*, *op. cit. supra* n. (114), pp. 1083-1085.

(territoriales) clásicas y desplazando el énfasis para la noción de solidaridad.

Tal como me permití señalar en mi anteriormente citado Voto Concurrente en la Opinión Consultiva No. 16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999),

toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. (...) La propia emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se debe a la reacción de la *conciencia jurídica universal* ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección (párrs. 3-4).

En seguida, en el referido Voto Concurrente, dejé constancia del reconocimiento, en nuestros días, de la necesidad de restituir al ser humano “la posición central –como *sujeto del derecho tanto interno como internacional*– de donde fue indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en las sucesivas atrocidades cometidas en su contra en las tres últimas décadas. Todo esto ocurrió con la complacencia del positivismo jurídico, en su subserviencia típica al autoritarismo estatal” (párr. 12). Y recalqué: “Con la desmitificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del derecho internacional general en la *conciencia jurídica universal*, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho internacional, y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno” (párr. 14).

En efecto, las atrocidades y abusos que han victimado en las últimas décadas a millones de seres humanos en todas partes, aumentando los contingentes de refugiados, desplazados y migrantes en búsqueda de la sobrevivencia, han despertado la *conciencia jurídica universal* para la apremiante necesidad de reconceptualizar

las propias bases del ordenamiento jurídico internacional. Pero urge, en nuestros días, que se estimule este despertar de la *conciencia jurídica universal* para intensificar el proceso de humanización del derecho internacional contemporáneo, tal como enfatice en mi ya citado Voto Concurrente en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiana en la República Dominicana* (Medidas Provisionales de Protección, 2000) ante la Corte Interamericana (párr. 12).

Más recientemente, en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Sentencia sobre el fondo, 25 de noviembre del 2000), también ante la misma Corte, me permití insistir en el punto, en mi Voto Razonado; al opinar que los avances en el campo de la protección internacional de los derechos de la persona humana se deben a la *conciencia jurídica universal* (párr. 28), expresé mi entendimiento en los siguientes términos: “(...) en el campo de la ciencia del derecho, no veo cómo dejar de afirmar la existencia de una *conciencia jurídica universal* (correspondiente a la *opinio juris communis*), que constituye, en mi entender, la fuente *material* por excelencia (más allá de las fuentes formales) de todo el derecho de gentes, responsable por los avances del género humano no sólo en el plano jurídico sino también en el espiritual” (párr. 16).

Espero, sinceramente, que la doctrina jurídica del siglo XXI dedique a este punto considerablemente más atención que la dedicada por la doctrina jurídica a lo largo de todo el siglo pasado, el siglo XX. Hay que prestar mayor atención a la cuestión básica de los fundamentos y la validez del derecho internacional. La actitud más común de los jusinternacionalistas del siglo XX, al abordar el capítulo atinente a las fuentes del derecho internacional, era atenerse a sus aspectos meramente formales, repitiendo *ad nauseam* la enumeración de las fuentes formales consagrada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, una disposición enteramente anacrónica –como tantas otras, mero fruto de su tiempo–, ¡originalmente redactada al inicio de los años veinte!

Los desafíos del siglo XXI no admiten más tanta reserva mental, y tampoco la actitud, tan generalizada y cómoda, de eximirse de examinar la cuestión muchísimo más difícil de la fuente *material* del derecho internacional contemporáneo. Esta cuestión no puede ser abordada adecuadamente desde una perspectiva positivista, y haciendo abstracción de los valores, y del propio fin del Derecho en

el presente contexto, la protección del ser humano. El derecho internacional no se reduce, en absoluto, a un instrumental a servicio del poder; su destinatario final es el ser humano, debiendo atender a sus necesidades, entre la cuales está la realización de la justicia.

Contrario de lo afirmado por Hans Kelsen, de que no era posible reconciliar el orden legal con el orden moral<sup>122</sup>, pienso que la experiencia humana a lo largo del siglo XX, marcado por tantos avances en el dominio científico-tecnológico acompañados por atrocidades sin precedentes, demuestra que no es posible concebir el orden legal haciendo abstracción del orden moral. La afirmación de Kelsen se dio en su evaluación de un estudio clásico de J. L. Brierly, quien, como él, buscó examinar la base de la validez de las normas del derecho internacional. Brierly llegó a afirmar, en su estudio, que la conexión entre el derecho y la moral es “mucho más fundamental” que su distinción, y que la base última de una obligación internacional reside en la moral<sup>123</sup>; sin embargo, más adelante el propio Brierly confesó no saber cómo conciliar la convicción individual de actuar de acuerdo con el derecho con el carácter “imperativo” de este último<sup>124</sup>. Y, en su *Law of Nations*, Brierly se limitó, de manera insatisfactoria, a decir, *tout court*, que la respuesta a esta cuestión debe ser encontrada fuera del orden legal, debiendo la filosofía del derecho proveerla<sup>125</sup>. Se detuvo, pues, a medio del camino.

A mi juicio, hay elementos para abordar la materia, de modo más satisfactorio, tanto en la jurisprudencia internacional, como en la práctica de los Estados y organismos internacionales, y en la doctrina jurídica más lúcida. De estos elementos se desprende, me permito insistir, *el despertar de un conciencia jurídica universal*, para reconstruir, en este inicio del siglo XXI, el derecho internacional, con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino situando el ser humano en posición central y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo (*supra*).

---

<sup>122</sup>H. Kelsen, “The Basis of Obligation in International Law”, en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor C. Barcía Trelles*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1958, p. 110.

<sup>123</sup>J. L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 65.

<sup>124</sup>Cf. *ibid.*, pp. 66-67, y cf. también pp. 68-80.

<sup>125</sup>J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 54.

En cuanto a la *jurisprudencia internacional*, el ejemplo más inmediato reside en la jurisprudencia de los dos tribunales internacionales de derechos humanos hoy existentes, las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos<sup>126</sup>. A ésta se puede agregar la jurisprudencia emergente de los dos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, para la ex-Yugoslavia y Ruanda. Y la propia jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia contiene elementos desarrollados a partir de consideraciones básicas de humanidad<sup>127</sup>.

En cuanto a la *práctica internacional*<sup>128</sup>, la idea de una conciencia jurídica universal ha marcado presencia en muchos debates de las Naciones Unidas (sobre todo de la Sexta Comisión de la Asamblea General), en los trabajos de las Conferencias de codificación del derecho internacional (el llamado “derecho de Viena”) y los respectivos *travaux préparatoires* de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas<sup>129</sup>. Más recientemente ha ocupado un espacio importante en el ciclo de Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de los noventa (*supra*).

A la par de los trechos anteriormente citados de algunos de los documentos finales de dichas Conferencias, me limitaré a recordar un aspecto de los difíciles trabajos del Comité de Redacción de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), en los cuales tuve el privilegio de participar. En mi relato de aquellos trabajos, me referí a la iniciativa de insertar, en la Declaración y

---

<sup>126</sup>El primer Protocolo (de 1998) a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone sobre la creación, –cuando entre en vigor el Protocolo de Burkina Faso–, de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual todavía no ha sido establecida.

<sup>127</sup>Cf., v.g., A. A. Cançado Trindade, “La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles / The Case-Law of the International Court of Justice on Non-Derogable Rights”, *Droits intangibles et états d’exception / Non-Derogable Rights and States of Emergency* (eds. D. Prémont, C. Stenersen y I. Oseredczuk), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 73-89.

<sup>128</sup>Entendida ésta ya no más como la simple “práctica de los Estados”, inspirada por sus llamados “intereses vitales”, como en las sistematizaciones del pasado, sino más bien la práctica de los Estados y organismos internacionales en búsqueda de la realización de fines comunes y superiores.

<sup>129</sup>Este punto forma objeto de un estudio que estoy desarrollando en el presente, con conclusión programada para el año 2005.

Programa de Acción de Viena (principal documento resultante de aquella Conferencia), una invocación al “espíritu de nuestra época” y a las “realidades de nuestro tiempo”, a requerir que los Estados miembros de las Naciones Unidas y todos los pueblos del mundo se dedicasen a la tarea verdaderamente global de promover y proteger todos los derechos humanos de modo a asegurarles goce pleno y universal. Y agregué, en mi relato:

En efecto, los debates sobre este último pasaje proporcionaron uno de los momentos más luminosos de los trabajos del Comité de Redacción de la Conferencia, en la tarde del 23 de junio [de 1993]. Originalmente se contemplaba hacer referencia sólo al “espíritu de nuestra época”, pero se decidió agregar otra referencia a las “realidades de nuestro tiempo” en el entendimiento de que éstas habrían de ser apreciadas a la luz de aquél: el “espíritu de nuestra época” se caracteriza por la aspiración común a valores superiores, al fortalecimiento de la promoción y protección de los derechos humanos intensificadas en la transición democrática e instauración del Estado de Derecho en tantos países, a la búsqueda de soluciones globales en el tratamiento de temas globales (mención hecha, v.g., a la necesidad de erradicación de la pobreza extrema). Este el entendimiento que prevaleció, al respecto, en el Comité de Redacción<sup>130</sup>.

También en la *doctrina del derecho internacional* encontramos elementos para el desarrollo de la materia, aunque, sorprendentemente, no suficientemente articulados hasta la fecha. La noción de lo que yo denomino de *conciencia jurídica universal* pasa a encontrar expresión doctrinal en tiempos relativamente recientes, a lo largo del siglo XX, con la emergencia del concepto de *communis opinio juris*, frente al viejo dogma positivista del consentimiento (*voluntas*) individual para la formación del derecho consuetudinario<sup>131</sup>. En las tres primeras décadas del siglo XX, la expresión “conciencia jurídica internacional” fue efectivamente utilizada, en sentido ligeramente distinto, recordando la noción clásica de la

---

<sup>130</sup> A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. I, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 185-186.

<sup>131</sup> A. Carty, *The Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester, University Press, 1986, pp. 26-28 y 33.

*civitas maxima*, a fin de fomentar el espíritu de solidaridad internacional<sup>132</sup>.

En un estudio clásico de 1946, Max Sorensen no eximió distinguir las fuentes formales del derecho internacional –es decir, los métodos o procedimientos por los cuales son creadas las reglas del derecho internacional–, de su fuente material, la cual comprende, en sus palabras, “*les éléments et les influences qui déterminent le contenu de la réglementation juridique, que ce soient les intérêts et besoins pratiques des États ou les exigences idéales que découlent, à un moment donné, de la conscience sociale, des idéologies prévalant dans la communauté internationale*”<sup>133</sup>. Años después, en pleno proceso de descolonización, el martinico Frantz Fanon publicó en 1961 (el mismo año de su muerte prematura), su relato de los sacrificios (y, sobre todo, la crueldad mental) de la lucha anticolonial, titulado *Los Condenados de la Tierra*; al final del mismo, en una profesión de fe, destacó la importancia de la concientización de los nuevos países recién-emancipados, de cuyo centro “se erige y revive la conciencia internacional”<sup>134</sup>.

En América Latina, referencias a “conciencia jurídica” y a “conciencia moral” se encuentran, por ejemplo, en la *Meditación sobre la Justicia* (1963) del jurista mexicano Antonio Gómez Robledo, en medio a su juiciosa crítica del positivismo jurídico<sup>135</sup>. Y dos décadas antes, el jurista chileno Alejandro Álvarez argumentaba que los grandes principios del derecho internacional, y la propia “justicia internacional”, emanan de la “conciencia pública”

---

<sup>132</sup>Cf., v.g., G. Tassitch, “La conscience juridique internationale”, 65 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1938) pp. 310-311, 314, 316-317 y 320.

<sup>133</sup>Max Sorensen, *Les sources du droit international*, Copenhague, Munksgaard, 1946, pp. 13-14. - En otro estudio clásico, de 1947, al endosar la reacción contra el positivismo jurídico, Alf Ross afirmó que existen fuentes del derecho [internacional] “other than those positively formulated. (...) A realistic doctrine of the sources of law is based on experience but recognizes that not all sources are positive in the sense that they are ‘formally established’”; Alf Ross, *A Textbook of International Law. General Part*, London, Longmans, 1947, p. 95.

<sup>134</sup>Frantz Fanon, *Os Condenados da Terra*, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1968 (traducción del original francés de 1961), pp. 206-207.

<sup>135</sup>A. Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 179 y 185.

o “conciencia de los pueblos”<sup>136</sup>. Estos son algunos ejemplos a revelar que, de los dos lados del Atlántico, hubo jusinternacionalistas que tuvieron la intuición y la sensibilidad para la realidad de la *conciencia humana*, más allá de la “realidad” cruda de los hechos.

Sin que me vea en la necesidad de evocar el mito platónico de la caverna (en realidad, el primer mito existencial, a revelar la precariedad de la condición humana, y, por consiguiente, la necesidad de la trascendencia, más allá del positivismo), y ateniéndome al dominio de la ciencia jurídica, cabría recordar los debates del *Institut de Droit International*, en su Sesión de Nueva York de 1929, sobre un proyecto de declaración sobre los derechos humanos. En la ocasión, al recordar “la vida espiritual de los pueblos”, se observó que “un nuevo espíritu” de la época, y la “conciencia jurídica de los pueblos”, requerían un nuevo derecho de gentes, con la afirmación de los derechos humanos<sup>137</sup>.

En un determinado momento de aquellos memorables debates de 1929 del *Institut*, –casi olvidados en nuestros días–, se ponderó, por ejemplo, que:

*(...) Dans la conscience du monde moderne, la souveraineté de tous les États doit être limitée par le but commun de l'humanité. (...) L'État dans le monde n'est qu'un moyen en vue d'une fin, la perfection de l'humanité (...). La protection des droits de l'homme est le devoir de tout État envers la communauté internationale. (...) Il s'agit de proclamer les droits que la conscience du monde civilisé reconnaît aux individus en tant qu'hommes (...)*<sup>138</sup>.

Al final de los referidos debates, el *Institut* (22a. Comisión) efectivamente adoptó una resolución conteniendo la “*Déclaration des droits internationaux de l'homme*”, cuyo primer *considerandum* afirmó con énfasis que “*la conscience juridique du monde civilisé exige la reconnaissance à l'individu de droits soustraits à toute atteinte de la part de l'État*”<sup>139</sup>.

<sup>136</sup> Alejandro Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes. El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 19-21 y 24-25, y cf. p. 488.

<sup>137</sup> Cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International* (Session de New York), vol. II, 1929, pp. 114, 134-135 y 137.

<sup>138</sup> *Ibid.*, pp. 112 y 117.

<sup>139</sup> *Cit. in ibid.*, p. 298.



Estas palabras se anticiparon en dos décadas la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, adoptada poco después de los horrores de la II Guerra Mundial. Durante el período de 1939-1945 –en plena agonía de lo que se creía ser la “civilización”, frente al holocausto–, Jacques Maritain escribió su ensayo “*Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*”, síntesis de su pensamiento filosófico sobre los límites del poder estatal. El punto de partida de J. Maritain fue la existencia de la persona humana, que tiene su raíz en el espíritu; a partir de ahí, advirtió que el verdadero progreso significa la *ascensión de la conciencia*, de la igualdad y comunión de todos en la naturaleza humana, realizando así el bien común y la justicia<sup>140</sup>.

Propugnó, en seguida, por la liberación de las servidumbres materiales, para el desarrollo sobre todo de la vida del espíritu; en su visión, la humanidad sólo progresa cuando marcha en el sentido de la emancipación humana<sup>141</sup>. Al afirmar que “la persona humana trasciende el Estado”, por cuanto tiene “un destino superior al tiempo”<sup>142</sup>, J. Maritain agregó, categóricamente, que:

(...) El Estado no tiene autoridad para obligarme a reformar el juicio de mi conciencia, como tampoco tiene el poder de imponer a los espíritus su criterio sobre el bien y el mal (...). Por eso, cada vez que sale de sus límites naturales para penetrar, en nombre de las reivindicaciones totalitarias, en el santuario de la conciencia, se esfuerza en violar a ésta por medios monstruosos de envenenamiento psicológico, de mentira organizada y de terror. Cada persona humana tiene el derecho de decidir por sí misma en lo que concierne a su destino personal (...) <sup>143</sup>.

La evolución conceptual aquí examinada gradualmente se movía, a partir de los años sesenta, de la dimensión *internacional* a la *universal*, bajo la gran influencia del desarrollo del propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El reconocimiento de ciertos *valores* fundamentales, sobre la base de un sentido de justicia

---

<sup>140</sup> Jacques Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 (reimpr.), pp. 12, 18, 38, 43 y 94-96, y cf. p. 69.

<sup>141</sup> *Ibid.*, pp. 50 y 105-108.

<sup>142</sup> *Ibid.*, pp. 79-80, y cf. p. 104.

<sup>143</sup> *Ibid.*, pp. 81-82.

objetiva, en mucho contribuyó a la formación de la *communis opinio juris*<sup>144</sup> en las últimas décadas del siglo XX. Lo mismo se puede decir de los intereses comunes de la comunidad internacional y del reconocimiento generalizado del imperativo de satisfacer las necesidades sociales básicas<sup>145</sup>.

Así, al inicio de los años setenta, el jurista nigeriano T. O. Elias, por ejemplo, no hesitó en referirse al “*overwhelming trend toward consensus which is an expression of the juridical conscience of the world community*”<sup>146</sup>. Al término de los años setenta, René-Jean Dupuy criticó la resistencia de los positivistas a la idea de una comunidad internacional y su apego dogmático a una visión puramente estatocéntrica del derecho internacional<sup>147</sup>.

En los años ochenta, al recordar la formulación doctrinal italiana del derecho consuetudinario como el llamado “derecho espontáneo” (de R. Ago, R. Quadri, G. Sperduti, entre otros), F. Münch criticó el puro formalismo del enfoque positivista de las fuentes del derecho internacional, observando que las categorías señaladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no pertenecían “ni siquiera a un orden lógico”<sup>148</sup>. Giuseppe Sperduti, a su vez, al final de la década de ochenta no hesitó en afirmar, en otra crítica al positivismo jurídico, que

*la doctrine positiviste n'a pas été en mesure d'élaborer une conception du droit international aboutissant à l'existence d'un véritable ordre juridique (...). Il faut voir dans la conscience commune des peuples, ou conscience universelle, la source des normes suprêmes du droit international*<sup>149</sup>.

---

<sup>144</sup>Maarten Bos, *A Methodology of International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984, p. 251, y cf. pp. 246 y 253-255.

<sup>145</sup>B. Stern, “La coutume au coeur du Droit international, quelques réflexions”, *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, p. 487.

<sup>146</sup>T.O. Elias, “Modern Sources of International Law”, *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honour of Ph. G. Jessup* (eds. W. Friedmann, L. Henkin y O. Lissitzyn), N.Y./London, Columbia University Press, 1972, p. 51.

<sup>147</sup>R. J. Dupuy, “Communauté internationale et disparités de développement. Cours général de Droit international public”, 165 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1979) p. 27, y cf. pp. 28-31.

<sup>148</sup>F. Münch, *op. cit. infra* n. (153), p. 835.

<sup>149</sup>G. Sperduti, “La souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la personne”, en *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 884, y cf. p. 880.

Referencias del género, susceptibles hoy día a un desarrollo conceptual más amplio y profundizado, no se limitan al plano doctrinal; figuran igualmente en tratados internacionales. La Convención contra el Genocidio de 1948, se refiere, en su preámbulo, al “espíritu” de las Naciones Unidas. Transcurrido medio siglo, el preámbulo del Estatuto de Roma de 1998 del Tribunal Penal Internacional se refiere a la “conciencia de la humanidad” (segundo *considerandum*). Y el preámbulo de la Convención Interamericana de 1994 sobre la Desaparición Forzada de Personas, para citar otro ejemplo, menciona la “conciencia del hemisferio” (tercero *considerandum* del preámbulo).

Una cláusula de mayor trascendencia merece destacarse: la llamada *cláusula Martens*, que cuenta con más de un siglo de trayectoria histórica. Originalmente presentada por el Delegado de Rusia, Friedrich von Martens, a la I Conferencia de Paz de La Haya (1899), fue insertada en los preámbulos de la II Convención de La Haya de 1899 (párr. 9) y de la IV Convención de La Haya de 1907 (párr. 8), ambas relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Su propósito –conforme la sabia premonición del jurista y diplomático ruso–, era el de extender jurídicamente la protección a las personas civiles y los combatientes en todas las situaciones, aunque no contempladas por las normas convencionales; con este fin, la cláusula Martens invocaba “los principios del derecho de gentes” derivados de “los usos establecidos”, así como “las leyes de humanidad” y “las exigencias de la conciencia pública”.

Subsiguientemente, la cláusula Martens volvió a figurar en la disposición común, relativa a la denuncia, de las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949 (artículo 63/62/142/158), así como en el Protocolo Adicional I (de 1977) a dichas Convenciones (artículo 1 [2]), para citar algunas de las principales Convenciones de Derecho Internacional Humanitario. La cláusula Martens se ha revestido, pues, a lo largo de más de un siglo, de validez continuada. Por más avanzada que sea la codificación de la normativa humanitaria, difícilmente podrá ser ésta última considerada verdaderamente completa.

La cláusula Martens continúa, sirviendo de advertencia contra la suposición de que lo que no esté expresamente prohibido por las Convenciones de Derecho Internacional Humanitario pudiera estar

permitido; todo lo contrario, la cláusula Martens sostiene la aplicabilidad continuada de los principios del derecho de gentes, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública, independientemente del surgimiento de nuevas situaciones y del desarrollo de la tecnología<sup>150</sup>. La cláusula Martens impide, pues, el *non liquet*, y ejerce un rol importante en la hermenéutica de la normativa humanitaria.

El hecho de que los redactores de las Convenciones de 1899, 1907 y 1949, y del Protocolo I de 1977, hayan reiteradamente afirmado los elementos de la cláusula Martens, sitúa esta última en el plano de las propias *fuentes materiales* del Derecho Internacional Humanitario<sup>151</sup>. De ese modo, ejerce una influencia continua en la formación espontánea del contenido de nuevas reglas del Derecho Internacional Humanitario<sup>152</sup>. La doctrina jurídica contemporánea también ha caracterizado la cláusula Martens como fuente del propio derecho internacional general<sup>153</sup>; y nadie osaría hoy negar que las “leyes de humanidad” y las “exigencias de la conciencia pública” invocadas por la cláusula Martens pertenecen al dominio del *jus cogens*<sup>154</sup>. La referida cláusula, como un todo, ha sido concebida y reiteradamente afirmada, en última instancia, en beneficio de todo el género humano, manteniendo así su gran actualidad. Se puede

---

<sup>150</sup>B. Zimmermann, “Protocol I - Article 1”, *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949* (eds. Y. Sandoz, Ch. Swinarski y B. Zimmermann), Geneva, ICRC/Nijhoff, 1987, p. 39.

<sup>151</sup>H. Meyrowitz, “Réflexions sur le fondement du droit de la guerre”, *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. Christophe Swinarski), Genève/La Haye, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 423-424; y cf. H. Strebelt, “Martens’ Clause”, *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 3, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1982, pp. 252-253.

<sup>152</sup>F. Münch, “Le rôle du droit spontané”, en *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional. Libro Homenaje al Profesor Dr. Antonio Truyol Serra*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 1986, p. 836; H. Meyrowitz, *op. cit. supra* n. (152), p. 420. Ya se ha señalado que, en *ultima ratio legis*, el Derecho Internacional Humanitario protege la propia humanidad, ante los peligros de los conflictos armados; Christophe Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, San José de Costa Rica, IIDH, 1990, p. 20.

<sup>153</sup>F. Münch, *op. cit. supra* n. (153), p. 836.

<sup>154</sup>S. Miyazaki, “The Martens Clause and International Humanitarian Law”, *Études et essais... en l'honneur de J. Pictet, op. cit. supra* n. (152), pp. 438 y 440.

considerar como una expresión de la *razón de la humanidad* imponiendo límites a la *razón de Estado* (*raison d'État*).

Quisiera concluir estas reflexiones en un tono positivo. Si es cierto que el drama de los numerosos marginalizados y excluidos de la “globalización” económica, de los refugiados y desplazados, de los desarraigados en general, de las víctimas inocentes de conflictos armados internos e internacionales, presenta hoy un enorme desafío a la labor de protección internacional de los derechos de la persona humana, también es cierto que las reacciones a las violaciones masivas de los derechos humanos son hoy inmediatas y contundentes, en razón del despertar de la conciencia jurídica universal para la necesidad de prevalencia de la dignidad de la persona humana en cualesquiera circunstancias. Se afirman hoy, con mayor vigor, los derechos humanos universales.

Ya no se sostienen el monopolio estatal de la titularidad de derechos ni los excesos de un positivismo jurídico degenerado, que excluyeron del ordenamiento jurídico internacional el destinatario final de las normas jurídicas: el ser humano. En nuestros días, el modelo westphaliano del ordenamiento internacional se configura en definitiva agotado y superado. Con ocasión, en 1968, del vigésimo aniversario de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, René Cassin, que participara del proceso preparatorio de su elaboración<sup>155</sup>, ponderó que

*(...) S'il subsiste encore sur la terre, de grandes zones où des millions d'hommes ou de femmes résignés à leur destin n'osent pas préférer la moindre plainte ou même ne conçoivent pas qu'un recours quelconque soit possible, ces territoires se rétrécissent de jour en jour. La prise de conscience de ce qu'une émancipation est possible, est devenue de plus en plus générale. (...) La condition première de toute justice, c'est-à-dire la possibilité d'acculer les puissants à subir (...) un contrôle public, est remplie beaucoup plus souvent que jadis. (...) La plupart des Conventions et Pactes [des droits de l'homme], (...) incitent les États Parties à créer chez eux des instances de recours et prévoient certaines mesures de protection ou de contrôle international. (...) Le fait que la*

---

<sup>155</sup> Como *rapporteur* del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, encargado de preparar el proyecto de la Declaración (mayo de 1947 a junio de 1948).

*résignation sans espoir, que le mur du silence et que l'absence de tout recours soient en voie de réduction ou de disparition, ouvre à l'humanité en marche des perspectives encourageantes. (...)*<sup>156</sup>.

La emancipación del ser humano *vis à vis* al propio Estado avanza lentamente, pero avanza. Nadie podría suponer o antever, hace algunos años atrás, que las causas de los desplazados, de los migrantes en búsqueda de alimento, vivienda, trabajo y educación (cf. *supra*), y de los niños abandonados en las calles<sup>157</sup> de las ciudades de América Latina, alcanzasen un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>158</sup>. Esto es fruto, sobre todo, del despertar de la conciencia humana para las necesidades de protección de los más débiles y de los olvidados.

Movida por esta conciencia, la propia dinámica de la vida internacional contemporánea ha cuidado de desautorizar el entendimiento tradicional de que las relaciones internacionales se regían por reglas derivadas enteramente de la libre voluntad de los propios Estados. El positivismo voluntarista se mostró incapaz de explicar el proceso de formación de las normas del derecho

---

<sup>156</sup>R. Cassin, “Vingt ans après la Déclaration Universelle”, 8 *Revue de la Commission Internationale de Juristes* (1967) n. 2, pp. 9-10. [Traducción: “(...) Si todavía subsisten en la tierra grandes zonas donde millones de hombres o mujeres, resignados a su destino, no osan proferir la menor reclamación o ni siquiera a concebir que un recurso cualquier sea posible, éstos territorios disminuyen a cada día. La toma de consciencia de que una emancipación es posible, se generaliza. (...) La primera condición de toda justicia, cual sea, la posibilidad de acorralar a los poderosos para sujetarse a (...) un control público, se satisface hoy día mucho más frecuentemente que en el pasado. (...) Las Convenciones y Pactos [de derechos humanos] en su mayoría, (...) incitan a los Estados partes a crear las instancias de recursos y prever ciertas medidas de protección o de control internacional. (...) El hecho de que la resignación sin esperanza, de que el muro del silencio y de que la ausencia de todo recurso estén en vías de reducción o de desaparición, abre a la humanidad en marcha perspectivas alentadoras (...)”].

<sup>157</sup>Cf. CtIADH, caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*) (Sentencia sobre el Fondo, de 19 de noviembre de 1999, Serie C, n. 63).

<sup>158</sup>Para un estudio reciente sobre la trascendental importancia del acceso directo del ser humano a la justicia a nivel internacional, cf. A. A. Cançado Trindade, “Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos”, en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, tomo I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68.

internacional general, y se tornó evidente que sólo se podría encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez de este último en la *conciencia jurídica universal*, a partir de la afirmación de la idea de una justicia objetiva<sup>159</sup>. En este umbral del siglo XXI, tenemos el privilegio de testimoniar e impulsar el proceso de *humanización* del derecho internacional, que pasa a ocuparse más directamente de la identificación y realización de valores y metas comunes superiores. El reconocimiento de la centralidad de los derechos humanos corresponde a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos.

En la construcción del ordenamiento jurídico internacional del nuevo siglo, testimoniamos, con la gradual erosión de la reciprocidad, la emergencia *pari passu* de consideraciones superiores de *ordre public*, reflejadas en las concepciones de las normas imperativas del derecho internacional general (el *jus cogens*), –en cuyo dominio hoy se sitúa el principio básico del *non-refoulement*–, de los derechos fundamentales inderogables, de las obligaciones *erga omnes* de protección (debidas a la comunidad internacional como un todo). La consagración de estas obligaciones representa la superación de un patrón de conducta erigido sobre la pretensa autonomía de la voluntad del Estado, del cual el propio derecho internacional buscó gradualmente liberarse a consagrar el concepto de *jus cogens*<sup>160</sup>.

Hay que dar seguimiento a la evolución alentadora de la consagración de las normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*

---

<sup>159</sup>En esta línea de evolución también se inserta la tendencia actual de ‘criminalización’ de violaciones graves de los derechos de la persona humana, paralelamente a la consagración del principio de la jurisdicción universal, sumados al reconocimiento de la responsabilidad penal individual (a la par de la responsabilidad internacional del Estado), de capital importancia al combate a la impunidad (cf., la creación de los dos Tribunales *ad hoc*, para la ex-Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), seguida de la adopción del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional (1988), basadas en las tres Convenciones contra la Tortura, la de las Naciones Unidas, 1984; la Interamericana, 1985; y la Europea, 1987).

<sup>160</sup>Cf. las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986), artículos 53 y 64; y cf. comentarios en A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 412-420; A. A. Cançado Trindade, “The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century”, 3 *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*. Castellón (1999) pp. 207-215.

de protección, buscando asegurar su plena aplicación práctica, en beneficio de todos los seres humanos<sup>161</sup>. Estas nuevas concepciones se imponen en nuestros días, y de su fiel observancia, a mi juicio, dependerá en gran parte la evolución futura del propio Derecho Internacional. En este Forum Deusto de 2002, no hesito en expresar mi entendimiento de que es este, efectivamente, el camino a seguir, con determinación, para que no más tengamos que continuar conviviendo con las contradicciones trágicas, las injusticias y atrocidades que han marcado el siglo XX.

---

<sup>161</sup>Cf., en ese sentido, mi Voto Razonado en el caso *Las Palmeras*, relativo a Colombia, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia sobre excepciones preliminares, 2000, Serie C, s/n., párrs. 1-15, todavía no publicado).





# TRANSVERSALIDADES

## Los retos de la sociedad civil en la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales

Flavia Piovesan\*

### Introducción

El objetivo de este artículo es plantear una reflexión sobre los desafíos de la sociedad civil en la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Para ello, primero se focalizará la concepción contemporánea de derechos humanos a partir del sistema internacional de protección y se evaluarán su perfil, sus objetivos, su lógica y sus principios. El sistema internacional de protección de los derechos humanos constituye el legado mayor de la denominada “Era de los Derechos”, que ha permitido la internacionalización de los derechos humanos y la humanización del Derecho Internacional contemporáneo, como lo refiere Thomas Buergenthal<sup>1</sup>.

---

\* Profesora doctora en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Pontificia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), profesora de Derechos Humanos de los programas de postgrado de la Pontificia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), de la Pontificia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) y de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España), *visiting fellow* del Human Rights Program de la Harvard Law School (1995 y 2000), procuradora del Estado de São Paulo, miembro del Consejo Nacional de Defensa de los Derechos de la Persona Humana, de la SUR –Human Rights University Network y del CLADEM– Comité Latinoamericano y del Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer.

<sup>1</sup> Thomas Buergenthal, prólogo del libro de Antônio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. XXXI. Asimismo, afirma Louis Henkin que “se puede clasificar el Derecho Internacional como el derecho anterior a la Segunda Guerra Mundial y el derecho posterior a ella. En 1945, la victoria de los aliados introdujo un nuevo orden con importantes transformaciones en el Derecho Internacional”. (Louis Henkin *et al.*, *International Law: Cases and Materials*, 3<sup>a</sup> edición, Minnesota, West Publishing, 1993, p. 03.)

A continuación, se evaluarán los principales desafíos y perspectivas para la defensa e implantación de los derechos económicos, sociales y culturales, en el proceso de construcción de un orden que celebre la interdependencia entre la democracia, el desarrollo y los derechos humanos y que, sobre todo, se concentre en el valor de la absoluta preeminencia de la dignidad humana.

### **La concepción contemporánea de derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales**

Como reivindicaciones morales, los derechos humanos nacen cuando deben y pueden nacer. Como subraya Norberto Bobbio, los derechos humanos no nacen todos a la vez ni de una vez por todas<sup>2</sup>. Para Hannah Arendt, los derechos humanos no están previamente establecidos, ya que constituyen una invención humana, en constante proceso de construcción y reconstrucción<sup>3</sup>. Si se tiene en cuenta la historicidad de estos derechos, se puede afirmar que la definición de derechos humanos apunta hacia una pluralidad de significados. Al considerar dicha pluralidad, este estudio destaca la llamada “concepción contemporánea de los derechos humanos”, que se introdujo con el advenimiento de la Declaración Universal de 1948 y se reiteró en la Declaración de Derechos Humanos de Viena de 1993.

Esta concepción es el resultado del movimiento de internacionalización de los derechos humanos, que constituye un

---

<sup>2</sup> Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988, p. 30.

<sup>3</sup> Hannah Arendt, *As Origens do Totalitarismo*, Trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. Sobre el tema, ver también a Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, Cia. das Letras, São Paulo, 1988, p. 134. Asimismo, afirma Ignacy Sachs que “nunca se insistirá lo bastante en el hecho de que la ascensión de los derechos es el resultado de luchas, de que los derechos se conquistan, a veces con barricadas, en un proceso histórico lleno de vicisitudes, por medio del que las necesidades y las aspiraciones se articulan en reivindicaciones y en estandartes de lucha antes que se las reconozca como derechos”. (Ignacy Sachs, “Desarrollo, Derechos Humanos y Ciudadanía”, in: *Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 1998, p. 156.) Para Allan Rosas, “el concepto de derechos humanos es siempre progresivo. (...) El debate sobre qué son los derechos humanos y cómo deben definirse es parte y parcela de nuestra historia, de nuestro pasado y de nuestro presente”. (Allan Rosas, “So-Called Rights of the Third Generation”, in: Asbjorn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston y Londres, 1995, p. 243.)

movimiento muy reciente en la historia y que surgió, a partir de la posguerra, como respuesta a las atrocidades y a los horrores cometidos durante el nazismo. Al presentar el Estado como el gran violador de los derechos humanos, la era Hitler estuvo marcada por la lógica de la destrucción y del descarte de la persona humana. El legado del nazismo fue condicionar la titularidad de derechos, o sea, la condición de sujeto de derechos, a la pertinencia a determinada raza –la pura raza aria. Según las palabras de Ignacy Sachs, el siglo XX estuvo marcado por dos guerras mundiales y por el horror absoluto al genocidio concebido como proyecto político e industrial<sup>4</sup>.

Ese es el panorama en el que se articula el esfuerzo de reconstrucción de los derechos humanos, como paradigma y referencial ético que orienta el orden internacional contemporáneo. Si la 2ª Guerra significó la ruptura de los derechos humanos, la posguerra debería significar su reconstrucción.

El 10 de diciembre de 1948 se aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como hito mayor del proceso de reconstrucción de los derechos humanos. Introduce la concepción contemporánea de derechos humanos, caracterizada por la universalidad e indivisibilidad de estos derechos. Universalidad porque clama por la extensión universal de los derechos humanos desde la creencia de que la condición de persona es el requisito único para la titularidad de dichos derechos, considerando el ser humano como un ser esencialmente moral, dotado de unicidad existencial y dignidad. E indivisibilidad porque la garantía de los derechos civiles y políticos es condición para la observancia de los derechos sociales, económicos y culturales y viceversa. Cuando se viola uno de ellos, se violan también los demás. Los derechos humanos componen, así, una unidad indivisible, interdependiente e interrelacionada, capaz de conjugar el catálogo de derechos civiles y políticos y el catálogo de derechos sociales, económicos y culturales.

Al examinar la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos, enseña Héctor Gros Espiell:

---

<sup>4</sup> Ignacy Sachs, “O Desenvolvimento Enquanto Apropriação dos Direitos Humanos”, in: *Estudos Avançados* 12 (33), 1998, p. 149.

Solamente el reconocimiento integral de todos estos derechos puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos, ya que, sin la efectividad de gozo de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales. Inversamente, sin la realidad de los derechos civiles y políticos, sin la efectividad de la libertad entendida en su sentido más amplio, los derechos económicos, sociales y culturales carecen, por su parte, de significado real. Esta idea del necesario carácter integral, interdependiente e indivisible en cuanto al concepto y a la realidad del contenido de los derechos humanos, que de algún modo está implícita en la Carta de las Naciones Unidas, se compila, se amplía y se sistematiza en 1948, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y se reafirma definitivamente en los Pactos Universales de Derechos Humanos, aprobados por la Asamblea General en 1966, y en vigencia desde 1976, en la Proclamación de Teherán de 1968 y en la Resolución de la Asamblea General, adoptada el 16 de diciembre de 1977, sobre los criterios y los medios para mejorar el gozo efectivo de los derechos y de las libertades fundamentales (Resolución n. 32/130)<sup>5</sup>.

La Declaración Universal de 1948, al constituirse el hito mayor del movimiento de internacionalización de los derechos humanos, fomentó la conversión de estos derechos en tema de legítimo interés de la comunidad internacional. Como observa Kathryn Sikkink: “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos presupone como legítima y necesaria la preocupación de agentes estatales y no estatales con respecto al modo como se trata a los habitantes de otros Estados. La red de protección de los derechos humanos internacionales procura redefinir lo que es materia de exclusiva jurisdicción doméstica de los Estados”<sup>6</sup>.

Se fortalece, así, la idea de que la protección de los derechos humanos no debe reducirse al dominio reservado del Estado, es decir, no debe restringirse a la competencia nacional exclusiva o a la

---

<sup>5</sup> Héctor Gros Espiell, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*, San José, Libro Libre, 1986, p. 16-17.

<sup>6</sup> Kathryn Sikkink, “Human Rights, Principled Issue-Networks, and Sovereignty in Latin America”, en: *International Organizations*, Massachusetts, IO Foundation y Massachusetts Institute of Technology, 1993, p. 413. Agrega la autora que “los derechos individuales básicos no constituyen dominio exclusivo del Estado, sino una legítima preocupación de la comunidad internacional”. (*op. cit.*, p. 441.)

jurisdicción doméstica exclusiva, porque constituye un tema de legítimo interés internacional. Por su parte, esta concepción innovadora supone dos importantes consecuencias:

- 1<sup>a</sup>) la revisión de la noción tradicional de soberanía absoluta del Estado, que pasa a sufrir un proceso de relativización, a medida que se admiten intervenciones en el plano nacional en beneficio de la protección de los derechos humanos; se pasa de una concepción “hobbesiana” de soberanía concentrada en el Estado a una concepción “kantiana” de soberanía concentrada en la ciudadanía universal<sup>7</sup>;
- 2<sup>a</sup>) la cristalización de la idea de que el individuo debe tener derechos protegidos en la esfera internacional, en la condición de sujeto de Derecho.

Se preuncia, de este modo, el fin de la era en la que la forma como el Estado trata a sus nacionales se concibe como un problema de jurisdicción doméstica, debido a su soberanía.

A partir de la aprobación de la Declaración Universal de 1948 y a partir de la concepción contemporánea de derechos humanos que introduce, comienza a desarrollarse el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, mediante la adopción de inúmeros tratados internacionales volcados en la protección de los derechos fundamentales. La Declaración de 1948 aporta fundamento axiológico y unidad valorativa a este campo del Derecho, con énfasis en la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Como enseña Norberto Bobbio, los derechos humanos nacen como derechos naturales universales y se desarrollan como derechos positivos particulares (cuando cada Constitución incorpora las Declaraciones de Derecho), para, por fin, encontrar su plena realización como derechos positivos universales<sup>8</sup>.

El proceso de universalización de los derechos humanos hizo posible la formación de un sistema internacional de protección de

---

<sup>7</sup> Para Celso Lafer, de una visión *ex parte príncipe*, fundada en los deberes de los súbditos con respecto al Estado se pasa a una visión *ex parte populi*, fundada en la promoción de la noción de derechos del ciudadano. (*Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: Reflexões sobre uma Experiência Diplomática*, São Paulo, Paz e Terra, 1999, p. 145.)

<sup>8</sup> Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988, p. 30.

estos derechos. Este sistema está integrado por tratados internacionales de protección que reflejan, sobre todo, la conciencia ética contemporánea compartida por los Estados, al paso que invocan el consenso internacional acerca de parámetros protectivos mínimos relativos a los derechos humanos (el “mínimo ético irreducible”). En este sentido, hay que destacar que, hasta el 2003, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos contaba con 149 Estados partes; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales contaba con 146; la Convención contra la Tortura contaba con 132; la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial contaba con 167; la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer contaba con 170, y la Convención sobre los Derechos del Niño presentaba la más amplia adhesión, con 191 Estados partes<sup>9</sup>.

Al lado del sistema normativo global, surgen los sistemas regionales de protección, que procuran internacionalizar los derechos humanos en los planos regionales, particularmente en Europa, América y África. Además, se articulan un incipiente sistema árabe y la propuesta de creación de un sistema regional asiático. Se consolida, así, la convivencia del sistema global de la ONU con instrumentos del sistema regional, integrados, por su parte, por el sistema americano, europeo y africano de protección a los derechos humanos.

Los sistemas global y regional no son dicotómicos, sino complementarios. Inspirados por los valores y principios de la Declaración Universal, componen el universo instrumental de protección de los derechos humanos en el plano internacional. Desde este punto de vista, los diversos sistemas de protección de los derechos humanos interactúan en beneficio de los individuos protegidos. El propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos –que garantizan los mismos derechos– es, por lo tanto, ampliar y fortalecer la protección de los derechos humanos. Lo que importa es el grado de eficacia de la protección y, por ello, debe aplicarse la norma que, en cada caso concreto, mejor proteja a la víctima. Al adoptar el valor de la primacía de la persona humana, estos sistemas se complementan e interactúan con el sistema

---

<sup>9</sup> Sobre ese tema, consultar el *Human Development Report 2003*, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press, 2003.

nacional de protección, a fin de proporcionar la mayor efectividad posible en la tutela y promoción de los derechos fundamentales. Esto constituye, inclusive, la lógica y los principios propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, fundamentado en el principio mayor de la dignidad humana.

La concepción contemporánea de los derechos humanos se caracteriza por los procesos de universalización e internacionalización de estos derechos, entendidos desde el prisma de su indivisibilidad<sup>10</sup>. Hay que destacar que la Declaración de Derechos Humanos de Viena, de 1993, reitera la concepción de la Declaración de 1948 cuando, en su párrafo 5º, afirma: “Todos los derechos humanos son universales e interdependientes y están interrelacionados. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos globalmente, de forma justa y equitativa, de forma igualitaria y con el mismo énfasis”.

Posteriormente, la Declaración de Viena de 1993, suscrita por 171 Estados, endosa la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos y revigoriza el fundamento de legitimidad de la llamada concepción contemporánea de los derechos humanos, introducida por la Declaración de 1948. Hay que mencionar que, como consenso de la posguerra, la Declaración de 1948 la adoptaron 48 Estados, con 8 abstenciones. Así, la Declaración de Viena de 1993 extiende, renueva y amplía el consenso sobre la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos. La Declaración de Viena afirma aun la interdependencia entre los valores de los derechos humanos, la democracia y el desarrollo.

No hay derechos humanos sin democracia ni tampoco democracia sin derechos humanos. Asimismo, el régimen más compatible con la protección de los derechos humanos es el régimen democrático. En la actualidad, 140 Estados, de los casi 200 que integran el orden internacional, celebran elecciones periódicas. Sin embargo, solo 82 Estados (lo que representa el 57% de la población

---

<sup>10</sup> La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño contemplan no solamente los derechos civiles y políticos, sino también los derechos sociales, económicos y culturales, lo que apoya la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos.



mundial) pueden considerarse plenamente democráticos. En 1985, este porcentaje era de un 38% y comprendía 44 Estados<sup>11</sup>. El pleno ejercicio de los derechos políticos puede implicar el mayor “poder” de las poblaciones más vulnerables, el aumento de su capacidad de presión, articulación y movilización políticas. Para Amartya Sen, los derechos políticos (inclusive la libertad de expresión y de discusión) no solo son fundamentales para demandar respuestas políticas a las necesidades económicas, sino también centrales en la misma formulación de estas necesidades económicas<sup>12</sup>.

Además de eso, frente a la indivisibilidad de los derechos humanos, hay que alejar definitivamente la equivocada noción de que una clase de derechos (la de los derechos civiles y políticos) merece el total reconocimiento y respeto, mientras que otra clase de derechos (la de los derechos sociales, económicos y culturales), por lo contrario, no merecería cualquier observancia. Desde el punto de vista normativo internacional, está definitivamente superada la concepción de que los derechos sociales, económicos y culturales no son derechos legales. La idea de la “no accionabilidad” de los derechos sociales es simplemente ideológica y no científica. Se trata de auténticos y verdaderos derechos fundamentales, “accionables”, exigibles y que demandan seria y responsable observancia. Por ello, deben reivindicarse como derechos y no como caridad, generosidad o compasión.

Como aluden Asbjorn Eide y Allan Rosas: “Tomar los derechos económicos, sociales y culturales en serio implica, al mismo tiempo, un compromiso con la integración social, la solidaridad y la igualdad, incluida la cuestión de la distribución de renta. Los derechos sociales, económicos y culturales incluyen como preocupación central la protección a los grupos vulnerables. (...) Las necesidades fundamentales no deben estar condicionadas por la caridad de programas y políticas estatales, sino que necesitan definirse como derechos”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Consultar el UNDP, *Human Development Report 2002: Deepening Democracy in a Fragmented World*, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002.

<sup>12</sup> Amartya Sen, Foreword al libro *Pathologies of Power*, de Paul Farmer, Berkeley, University of California Press, 2003.

<sup>13</sup> Asbjorn Eide y Alla Rosas, “Economic, Social and Cultural Rights: a Universal Challenge”, in: Asbjorn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston y Londres, 1995, pp. 17-18.

La comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales demanda además que se recurra al derecho al desarrollo. Para desvendar el alcance del derecho al desarrollo, es importante subrayar, como lo afirma Celso Lafer, que en el campo de los valores en cuanto a los derechos humanos, la consecuencia de un sistema internacional de polaridades definidas –este/oeste, norte/sur– fue la batalla ideológica entre los derechos civiles y políticos (herencia liberal patrocinada por los EE.UU.) y los derechos económicos, sociales y culturales (herencia social patrocinada por la entonces denominada Unión Soviética). En este panorama surge el “empeño del Tercer Mundo en elaborar una identidad cultural propia, al proponer derechos de identidad cultural colectiva, como el derecho al desarrollo”<sup>14</sup>.

Asimismo, en la ONU adoptan, en 1986, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo 146 Estados, con un voto contrario (EE.UU.) y 8 abstenciones. Para Allan Rosas: “Con respecto al contenido del derecho al desarrollo, hay que mencionar tres aspectos. Primero, la Declaración de 1986 endosa la importancia de la participación. (...) Segundo, se debe concebir la Declaración en el marco de las necesidades básicas de justicia social. (...) Tercero, la Declaración enfatiza tanto la necesidad de adopción de programas y políticas nacionales, como de cooperación internacional (...)”<sup>15</sup>.

El artículo 2<sup>o</sup> de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986, consagra que: “La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser activa participante y beneficiaria del derecho al desarrollo”. Añade el artículo 4<sup>o</sup> de la Declaración que los Estados tienen el deber de adoptar medidas, individual o colectivamente, volcadas hacia la formulación de políticas de desarrollo internacional, con vistas a facilitar la plena realización de derechos, y agrega que la efectiva cooperación internacional es esencial para proveer a los países en desarrollo medios que encorajen el derecho al desarrollo.

---

<sup>14</sup> Celso Lafer, *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: Reflexões sobre uma Experiência Diplomática*, São Paulo, Paz e Terra, 1999.

<sup>15</sup> Allan Rosas, “The Right to Development”, en: Asbjorn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston y Londres, 1995, pp. 254-255.

El derecho al desarrollo demanda una globalización ética y solidaria. Según Mohammed Bedjaoui: “En realidad, la dimensión internacional del derecho al desarrollo no es más que el derecho a una distribución equitativa en lo que toca al bienestar social y económico mundial. Refleja una demanda crucial de nuestro tiempo, al paso que los cuatro quintos de la población mundial ya no acepta el hecho de que un quinto siga construyendo su riqueza basado en la pobreza de los primeros”<sup>16</sup>. Las asimetrías globales revelan que la renta del 1% más rico supera la renta de los 57% más pobres en la esfera mundial<sup>17</sup>.

Por otra parte, hay que concebir el desarrollo como un proceso de expansión de las libertades reales que las personas pueden disfrutar, para adoptar la concepción de Amartya Sen<sup>18</sup>. Además, la Declaración de Viena de 1993 enfatiza el derecho al desarrollo como un derecho universal e inalienable, parte integral de los derechos

---

<sup>16</sup> Mohammed Bedjaoui, “The Right to Development”, in M. Bedjaoui Ed., *International Law: Achievements and Prospects*, 1991, p. 1,182.

<sup>17</sup> Sobre ese tema, consultar el *Human Development Report 2002*, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 19. Según los datos del informe “Sinai Vitis”, del Worldwatch Institute (2003), la desigualdad de renta se refleja en los indicadores de salud: la mortalidad infantil en los países pobres es 13 veces mayor que la de los países ricos; la mortalidad materna es 150 veces mayor en los países de menor desarrollo con relación a los países industrializados. La falta de agua limpia y de saneamiento básico mata a 1,7 millón de personas al año (el 90% son niños), mientras que 1,6 millón de personas muere por enfermedades causadas por el empleo de combustibles fósiles en la calefacción y en el preparo de los alimentos. El informe destaca aun el hecho de que casi la totalidad de los conflictos armados se concentra en el mundo en desarrollo, lo que ha producido el 86% de los refugiados en la última década.

<sup>18</sup> Al concebir el desarrollo como libertad, sostiene Amartya Sen: “En este sentido, la expansión de las libertades se ve concomitantemente como: 1) una finalidad en sí misma y 2) el principal significado del desarrollo. Se pueden denominar dichas finalidades, respectivamente, como la función constitutiva y la función instrumental de la libertad con respecto al desarrollo. La función constitutiva de la libertad se relaciona con la importancia de la libertad sustantiva para el engrandecimiento de la vida humana. Las libertades sustantivas incluyen las capacidades elementales, como la de evitar privaciones como el hambre, la subnutrición, la mortalidad evitable, la mortalidad prematura, bien como las libertades asociadas a la educación, a la participación política, a la prohibición de la censura (...). Desde esta perspectiva constitutiva, el desarrollo comprende la expansión de estas y de otras libertades fundamentales. Desarrollo, en esta visión, es el proceso de expansión de las libertades humanas”. (Amartya Sen, *Development as Freedom*, Alfred La. Knopf, New York, 1999, pp. 35-36 y p. 297). Sobre el derecho al desarrollo, ver también a Karel Vasak, *For Third Generation of Human Rights: The Rights for Solidarity*, International Institute of Human Rights, 1979.

humanos fundamentales. Hay que reiterar que la Declaración de Viena reconoce la relación de interdependencia entre la democracia, el desarrollo y los derechos humanos.

### **Los desafíos y las perspectivas para la defensa y la implantación de los derechos económicos, sociales y culturales en el orden contemporáneo**

El manejo de esta cuestión remite a 5 (cinco) desafíos:

#### **1. Consolidar y fortalecer el proceso de afirmación de la visión integral e indivisible de los derechos humanos, mediante la conjugación de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales**

Los derechos humanos tomados como “adquirido axiológico” están en constante proceso de elaboración y redefinición.

Si, tradicionalmente, la agenda de derechos humanos se concentró en la tutela de derechos civiles y políticos, bajo el fuerte impacto de la “voz del norte”, se observa, en la actualidad, la ampliación de esta agenda tradicional, que pasa a incorporar nuevos derechos, con énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales, en el derecho al desarrollo, en el derecho a la inclusión social y en la pobreza como violación de derechos. Este proceso permite propagar la “voz propia del sur”, capaz de revelar las preocupaciones, demandas y prioridades de esta región.

También son necesarios avances en la expansión continua del alcance conceptual de derechos humanos, a partir de la consideración de las necesidades básicas de justicia social. En este panorama, es fundamental consolidar y fortalecer el proceso de afirmación de los derechos humanos, desde esta perspectiva integral, indivisible e interdependiente.

#### **2. Incorporar el enfoque de género, raza y etnia en la concepción de los derechos humanos, bien como crear políticas específicas para la tutela de grupos socialmente vulnerables**

La efectiva protección de los derechos económicos, sociales y culturales demanda no solo políticas universalistas, sino también

específicas, enderezadas a grupos socialmente vulnerables. Es decir, a los valores de la universalidad y de la indivisibilidad de los derechos humanos se agrega el valor de la diversidad.

Al proceso de expansión de los derechos humanos se añade el proceso de especificación de sujetos de derechos.

La primera etapa de protección de los derechos humanos estuvo marcada por la tónica de la protección general, que expresaba el temor a la diferencia (que en el nazismo se había orientado hacia el exterminio), con base en la igualdad formal.

Sin embargo, ha resultado insuficiente tratar al individuo de forma genérica, general y abstracta y se ha hecho necesaria la especificación del sujeto de derecho, que pasa a considerarse en su peculiaridad y particularidad. Desde este punto de vista, determinados sujetos de derechos, o determinadas violaciones de derechos, exigen una respuesta específica y diferenciada. En este marco las mujeres, los niños, la población afro descendiente, los inmigrantes, los pueblos indígenas, las personas portadoras de deficiencias, entre otras categorías vulnerables, deben considerarse según las especificidades y peculiaridades de su condición social. Al lado del derecho a la igualdad, surge también como derecho fundamental, el derecho a la diferencia. Importa el respeto a la diferencia y a la diversidad, lo que les asegura un tratamiento especial.

Se destacan así tres vertientes en lo que se refiere a la concepción de la igualdad: a) la igualdad formal, reducida a la fórmula “todos son iguales ante la ley” (que, en su tiempo, fue crucial para la abolición de privilegios); b) la igualdad material que corresponde al ideal de justicia social y distributiva (igualdad orientada por el criterio socioeconómico); y c) la igualdad material que corresponde al ideal de justicia como reconocimiento de identidades (igualdad orientada por los criterios de género, orientación sexual, edad, raza, etnia y demás criterios).

Para Nancy Fraser, la justicia exige, simultáneamente, la redistribución y el reconocimiento de identidades. Como observa la autora: “El reconocimiento no puede reducirse a la distribución, porque el status en la sociedad no se establece simplemente en función de la clase. (...) Recíprocamente, la distribución no puede reducirse al reconocimiento, porque el acceso a los recursos no se

establece simplemente en función del status”<sup>19</sup>. Se da el carácter bidimensional de la justicia: redistribución sumada al reconocimiento. En el mismo sentido, Boaventura de Souza Santos afirma que solamente la exigencia del reconocimiento y de la redistribución permite la realización de la igualdad<sup>20</sup>.

Agrega además que “tenemos el derecho a ser iguales cuando nuestra diferencia nos hace inferiores; y tenemos el derecho a ser diferentes cuando nuestra igualdad nos priva de nuestras características. De ahí la necesidad de una igualdad que reconozca las diferencias y de una diferencia que no produzca, alimente o reproduzca las desigualdades”<sup>21</sup>.

Al tener en cuenta los procesos de “feminización” y “etnicización” de la pobreza, se nota que las mayores víctimas de violación de los derechos económicos, sociales y culturales, en la experiencia brasileña, son las mujeres y las poblaciones afro descendientes<sup>22</sup>. De ahí la necesidad de adopción, al lado de las políticas universalistas, de políticas específicas, que sean capaces de hacer visibles los sujetos de derecho con mayor grado de

---

<sup>19</sup> Afirma Nancy Fraser que “no se puede reducir el reconocimiento a la distribución, porque el status en la sociedad no se establece simplemente en función de la clase. Tomemos el ejemplo de un banquero afro americano de Wall Street que no puede conseguir un taxi. En este caso, la injusticia de la falta de reconocimiento tiene poco que ver con la mala distribución. (...) Recíprocamente, no se puede reducir la distribución al reconocimiento, porque el acceso a los recursos no se establece solo en función del status. Tomemos, como ejemplo, a un trabajador industrial especializado al que despiden debido al cierre de la fábrica en la que trabaja, a causa de una fusión corporativa especulativa. En este caso, la injusticia de la mala distribución tiene poco que ver con la falta de reconocimiento. (...) Propongo desarrollar lo que llamo ‘concepción bidimensional de la justicia’. Esta concepción trata de la redistribución y del reconocimiento como perspectivas y dimensiones distintas de la justicia. Sin reducir una a la otra, abarca ambas en un marco más amplio”. (Nancy Fraser, “Redistribución, Reconocimiento y Participación: hacia un Concepto Integrado de la Justicia”, en: Unesco, *Informe Mundial sobre la Cultura – 2000-2001*, pp. 55-56.)

<sup>20</sup> Sobre ese tema, ver a Boaventura de Souza Santos, “Introdução: para Ampliar o Cânone do Reconhecimento, da Diferença e da Igualdade”, en: *Reconhecer para Libertar: os Caminhos do Cosmopolitanismo Multicultural*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 56. Ver también del mismo autor “Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos”, in: *op.cit.*, pp. 429-461.

<sup>21</sup> Ver a Boaventura de Souza Santos, *op. cit*

<sup>22</sup> Sobre ese tema, consultar a Flavia Piovesan y Silvia Pimentel, *Contribuição a Partir da Perspectiva de Gênero ao Relatório Alternativo sobre o PIDESC*, Brasil, CLADEM, 2003.

vulnerabilidad, que tengan el propósito de fomentar el pleno ejercicio del derecho a la inclusión social y que aseguren la equidad de género y la diversidad étnica.

Hay que añadir el componente democrático para orientar la formulación de tales políticas públicas. Es decir, hay que asegurar el derecho a la efectiva participación de grupos sociales en lo que se refiere a la formulación de políticas que directamente los afecten. La sociedad civil clama por mayor transparencia, democratización y *accountability* en la gestión del presupuesto público y en la construcción e implantación de políticas públicas.

### **3. Optimizar la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante estrategias de *advocacy* y de litigancia**

Como recomendó la Declaración de Viena de 1993, es fundamental adoptar medidas para asegurar la mayor justiciabilidad y exigibilidad a los derechos económicos, sociales y culturales, como la elaboración de un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que introduzca la sistemática de peticiones individuales) y la elaboración de indicadores técnico-científicos capaces de mensurar los avances en la implantación de estos derechos.

En el sistema global, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales solo contempla el mecanismo de los informes que los Estados deben expedir, como forma de monitorización de los derechos que enuncia. Ya en el sistema regional interamericano, está previsto el sistema de peticiones a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la denuncia de violación del derecho a la educación y de los derechos sindicales, enunciados en el Protocolo de San Salvador. Además de instituir la sistemática de petición en el ámbito global, mediante la adopción de Protocolo Facultativo, es también esencial optimizar el uso de este mecanismo regional, es decir, del derecho de petición, para la protección del derecho a la educación y de los derechos sindicales. Además, hay que potenciar la litigancia de los demás derechos económicos, sociales y culturales, por medio, inclusive, de la violación de derechos civiles como “puerta de entrada” para demandas relativas a los derechos económicos, sociales y culturales.

Como ilustración, merecen destaque los casos de: a) suministro de medicamentos a portadores del virus HIV (con fundamento en la violación al artículo 4º de la Convención Americana, que enuncia el derecho a la vida); y b) despido sumario de trabajadores (con fundamento en la violación al artículo 8º de la Convención Americana, que enuncia el debido proceso legal – caso Baena Ricardo x Panamá).

Se nota la potencialidad de la litigancia internacional en propiciar avances internos en el régimen de protección de los derechos humanos. Esta es la mayor contribución que el uso del sistema internacional de protección puede ofrecer: fomentar progresos y avances internos en la protección de los derechos humanos en un determinado Estado.

La incorporación de la sistemática de petición individual, además, es reflejo del proceso de reconocimiento de nuevos agentes en el orden internacional, con la consecuente democratización de los instrumentos internacionales. Si los Estados fueron, a lo largo de mucho tiempo, los protagonistas centrales del orden internacional, se vive hoy el surgimiento de nuevos agentes internacionales, como las organizaciones internacionales, los bloques regionales económicos, los individuos y la sociedad civil internacional. El fortalecimiento de la sociedad civil internacional, mediante un *network* que alía y fomenta una red de interlocución entre entidades locales, regionales y globales<sup>23</sup>, bien como la consolidación del individuo como sujeto de derecho internacional demandan la democratización de los instrumentos internacionales y también el acceso a los mecanismos internacionales y a la propia justicia internacional.

El surgimiento de nuevos agentes internacionales requiere la democratización del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Como ejemplo, merece destaque el Protocolo N° 11 del sistema regional europeo, que permitió el acceso directo del individuo a la Corte Europea de Derechos Humanos. Hay que

---

<sup>23</sup> En cuanto a la sociedad civil internacional, hay que observar que, de las 738 ONG's acreditadas en la conferencia de Seattle, en los EE.UU., en 1999, el 87% eran de países industrializados. Este dato revela las asimetrías que todavía existen en lo que se refiere a la propia composición de la sociedad civil internacional, en lo que toca a las relaciones sur/norte. Si en 1948 solamente 41 ONG's tenían status consultivo junto al Consejo Económico y Social, en 2004 este número pasa a aproximadamente 2,350 ONG's.



agregar la reciente aprobación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1999, que incorpora la sistemática de petición individual. En este mismo sentido, se puede mencionar el proyecto de Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que, del mismo modo, introduce el derecho de petición individual.

Sin embargo, hay que resaltar la resistencia de muchos Estados en admitir la democratización del sistema internacional de protección a los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere a la aceptación de la sistemática de petición individual<sup>24</sup>. Esta sistemática cristaliza la capacidad demandante del individuo en el plano internacional, “lo que constituye un mecanismo de protección muy significativo, además de lograr trascendencia histórica”, como enseña Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>25</sup>.

Es también fundamental que los tratados de protección de los derechos económicos, sociales y culturales puedan contar con una eficaz sistemática de monitorización que tenga en cuenta los informes, las peticiones individuales y las comunicaciones interestatales. Es importante añadir la sistemática de las investigaciones *in loco*, sólo prevista en la Convención contra la Tortura y en el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En este panorama, es fundamental encorajar los Estados a aceptar estos mecanismos.

---

<sup>24</sup> De hecho, todavía es grande la resistencia de muchos Estados a aceptar las cláusulas facultativas referentes a las peticiones individuales y comunicaciones interestatales. Según datos de 2001, basta con destacar que: a) de los 147 Estados partes del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, solo 97 Estados aceptaron el mecanismo de las peticiones individuales (al haber ratificado el Protocolo Facultativo para este fin); b) de los 124 Estados partes en la Convención contra la Tortura, solo 43 Estados aceptaron el mecanismo de las comunicaciones interestatales y de las peticiones individuales (en los términos de los artículos 21 y 22 de la Convención); c) de los 157 Estados partes en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, sólo 34 Estados aceptaron el mecanismo de las peticiones individuales (en los términos del artículo 14 de la Convención); y, finalmente, d) de los 168 Estados partes en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, solo 21 Estados aceptaron el mecanismo de las peticiones individuales, al haber ratificado el Protocolo Facultativo para este fin.

<sup>25</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Saraiva, p. 08.

No es más admisible que los Estados acepten los derechos y nieguen las garantías de su protección.

Además de estos mecanismos, es crucial que se fomente la elaboración de indicadores técnico-científicos para evaluar el cumplimiento y la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente en lo que se refiere a su necesario carácter progresivo y a la prohibición de retroceso social.

Otra estrategia es propiciar la visita de relatores especiales de la ONU o de la OEA sobre temas relativos a los derechos económicos, sociales y culturales. Las relatorías temáticas constituyen un eficaz medio para catalizar las atenciones y de dar visibilidad a determinada violación de derechos humanos, como para proponer recomendaciones. Más que simbolizar un diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos, la mayor contribución de la actuación de los relatores en la elaboración de informes, está en el hecho de que actúen como instrumento para el logro de avances internos en el régimen de protección de los derechos humanos en determinado país.

Destaca la inédita experiencia en Brasil de adopción de relatorías temáticas sobre los derechos económicos, sociales y culturales, bajo inspiración de las relatorías de la ONU. Se han creado las relatorías para: a) salud; b) vivienda; c) educación; d) alimentación; e) trabajo y f) medioambiente. Tal como en el sistema de la ONU, la propuesta es la de que dichas relatorías formulen un diagnóstico de la situación de estos derechos e indiquen recomendaciones para asegurar el pleno ejercicio de tales derechos.

Cabe también mencionar la exitosa experiencia brasileña de elaboración de un informe alternativo al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Aunque el Estado brasileño forma parte del PIDESC desde 1992 y ha asumido, por lo tanto, en los términos del artículo 16 del Pacto, el deber de presentar informes periódicos al Comité DESC, hasta el 2000 no había enviado el informe oficial relativo al PIDESC. Esto hizo que durante la IV Conferencia Nacional de Derechos Humanos, en 1999, la sociedad civil brasileña adoptara como compromiso la elaboración y la presentación a la ONU de un informe no gubernamental de Brasil sobre la implantación del PIDESC en el país. La Comisión de Derechos Humanos y el Movimiento Nacional de Derechos

Humanos se hicieron cargo de la realización de la investigación y los seminarios destinados a fundamentar el informe. El proceso de elaboración del informe alternativo contó con la cooperación voluntaria de más de 2,000 personas, con la realización de audiencias en 17 Estados.

Debido a la persistente omisión del Estado brasileño al no presentar el informe oficial, las organizaciones no gubernamentales brasileñas sometieron al Comité DESC el informe producido, en abril del 2000 en Ginebra, antes incluso del envío del informe oficial. Se cambió con ello la dinámica tradicional, en la que el Estado presenta el informe oficial y la sociedad civil presenta un contrainforme o un informe paralelo. Fue hasta el 2003 que el Estado brasileño presentó y defendió junto al Comité DESC, en Ginebra, el informe oficial.

En la evaluación de la sociedad civil, as *concluding observations* del Comité, incorporaron las principales preocupaciones, reivindicaciones y demandas presentes en el informe alternativo. La experiencia brasileña relativa al *shadow report* al PIDESC es capaz de revelar la importancia del protagonismo de la sociedad civil en lo que se refiere a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. El protagonismo de la sociedad civil permitió no solamente una mayor visibilidad a los derechos económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos humanos, sino que además constituyó legítima presión social a fin de que el Estado brasileño avanzara en la protección e implantación de estos derechos, a partir de un constructivo diálogo entre Estado y sociedad civil. Basta con notar que el informe paralelo impactó la elaboración del informe oficial; la adopción del Programa Nacional de Derechos Humanos II, que incorpora los derechos económicos, sociales y culturales; y la adopción por el Comité de relevantes recomendaciones al Estado brasileño.

Quedan por señalar las estrategias de litigancia de la sociedad civil con vistas a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito interno, especialmente en el campo de la salud y educación. En Brasil, las decisiones judiciales que niegan la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales presentan 3 argumentos: a) los derechos económicos, sociales y culturales no serían verdaderos derechos públicos subjetivos; b) la implantación de los derechos económicos, sociales

y culturales afrontaría la clásica teoría de la separación de los poderes y la discrecionalidad administrativa, lo que implicaría la politización de la justicia y la justicialización de la política; y c) los derechos económicos, sociales y culturales estarían condicionados a los límites de las dotaciones presupuestarias, por lo que debería observarse el principio de la “reserva de lo posible”. Aunque estos sean los argumentos contrarios a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, hay que destacar la exitosa litigancia en cuanto al suministro de medicamentos a personas portadoras del virus HIV. Esta litigancia permitió que los logros judiciales individuales fomentaran la adopción de una legislación que garantizara tanto la universalización del suministro gratuito de medicamentos, como la adopción de políticas públicas consideradas ejemplares en el área.

En este marco, es necesario avanzar en estrategias de *advocacy* y de litigancia, en el ámbito nacional e internacional, que optimicen la justiciabilidad y la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos públicos subjetivos, por medio de un activo y creativo protagonismo de la sociedad civil.

#### **4. Incorporar la pauta social de derechos económicos, sociales y culturales en la agenda de las instituciones financieras internacionales, de las organizaciones regionales económicas y del sector privado**

Para enfrentarse a los desafíos de la implantación de los derechos económicos, sociales y culturales, no basta con tan sólo focalizar la responsabilidad del Estado. La propia Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales enfatizan tanto la necesidad de adoptar programas y políticas nacionales, como de que haya una cooperación internacional. El artículo 4<sup>o</sup> de la Declaración destaca que la efectiva cooperación internacional es esencial para promocionar en los países en desarrollo medios que encorajen el derecho al desarrollo.

En el contexto de la globalización económica, se pone de relieve la incorporación de la agenda de derechos humanos por agentes no estatales. En este sentido, surgen 3 agentes fundamentales: a) las agencias financieras internacionales; b) los bloques regionales económicos; y c) el sector privado.

Con respecto a las agencias financieras internacionales, se da el desafío de que los derechos humanos puedan estar presentes en la política macroeconómica para alcanzar la política fiscal, la política monetaria y la política de cambio. Las instituciones económicas internacionales deben tener en cuenta la dimensión humana de sus actividades y el fuerte impacto que las políticas económicas pueden producir en las economías locales, especialmente en un mundo cada vez más globalizado<sup>26</sup>.

Aunque las agencias financieras internacionales estén vinculadas al sistema de las Naciones Unidas como agencias especializadas, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, carecen por ejemplo de la formulación de una política volcada hacia los derechos humanos. Dicha política constituye una medida imperativa para el logro de los propósitos de la ONU y, sobre todo, para la coherencia ética y de principios que tiene que pautar su actuación. La agenda de derechos humanos debe incorporarse en el precepto de actuación de estas agencias.

Hay que deshacer las paradojas que resultan de las tensiones entre la tónica inclusiva volcada hacia la promoción de los derechos humanos, consagrada en los relevantes tratados de protección de los derechos humanos de la ONU (con destaque al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y, por otro lado, la tónica exclusiva dictada por la actuación especialmente del Fondo Monetario Internacional, a medida que su política, orientada por la denominada “condicionalidad”, somete países en desarrollo a modelos de ajuste estructural incompatibles con los derechos humanos<sup>27</sup>. Además de eso, hay que fortalecer la democratización,

---

<sup>26</sup> Ver a Mary Robinson, “Constructing an International Financial, Trade and Development Architecture: the Human Rights Dimension”, Zurich, 1 July 1999, [www.unhchr.org](http://www.unhchr.org). Agrega la autora que “como ejemplo, un economista ya ha advertido que el comercio y la política de cambio pueden tener mayor impacto sobre el desarrollo de los derechos de los niños que propiamente el alcance del presupuesto dedicado a la salud y a la educación. Un incompetente director del Banco Central puede ser más perjudicial a los derechos de los niños que un incompetente ministro de Educación”. (*op. cit.*)

<sup>27</sup> Afirma Jeffrey Sachs que “aproximadamente 700 millones de personas –las más empobrecidas– deben a los países ricos. Los llamados ‘*Highly Indebted Poor Countries*’ (países pobres altamente endeudados) componen un grupo de cuarenta y dos economías quebradas y ampliamente desestructuradas. Deben más de \$100 millones por deudas que no se han pagado al Banco Mundial, al Fondo Monetario Internacional y a otros bancos de desarrollo y gobiernos (...).

la transparencia y la *accountability* de estas instituciones<sup>28</sup>. Hay que considerar que el 48% del poder de voto en el FMI se concentra en manos de 7 Estados (EE.UU., Japón, Francia, Inglaterra, Arabia Saudita, China y Rusia), mientras que en el Banco Mundial el 46% del poder de voto se concentra en manos también de estos mismos Estados<sup>29</sup>.

En cuanto a los bloques regionales económicos, se vislumbran las paradojas que resultan de las tensiones entre la tónica exclusiva del proceso de globalización económica y los movimientos que intentan reforzar la democracia y los derechos humanos como parámetros que aportan fundamento ético y moral a la creación de un nuevo orden internacional. Por un lado, por lo tanto, se lanza la tónica exclusiva del proceso de globalización económica y, por el otro, emerge la tónica inclusiva del proceso de internacionalización de los derechos humanos, agregado al proceso de incorporación de las cláusulas democráticas y los derechos humanos por los bloques económicos regionales. Aunque la formación de bloques económicos de alcance regional, tanto en la Unión Europea, como en el Mercosur, haya buscado no sólo la integración y cooperación de naturaleza económica, sino también la posterior y paulatina consolidación de la democracia y la implantación de los derechos humanos en las

---

Muchos de estos préstamos se contrajeron en regímenes tiránicos para responder a los propósitos de la Guerra Fría. Muchos reflejan ideas equivocadas del pasado. (...) El Jubileo 2000, una organización que tiene el apoyo de personas tan distintas como el Papa Juan Pablo II, Jesse Jackson y Bono Vox, el cantante de rock, han defendido la eliminación de la deuda externa de los países más pobres del mundo. A menudo se ve esta idea como irreal, pero son los realistas que fracasan al entender las oportunidades económicas del orden contemporáneo. (...) En 1996 el FMI y el Banco Mundial anunciaron un programa de gran impacto, pero sin establecer un diálogo verdadero con los países afectados. Tres años después, estos planes fracasaron. Solamente dos países, Bolivia y Uganda, recibieron \$200 millones, mientras que 40 países esperan en la fila. En el mismo período, la bolsa de valores de los países ricos creció más de \$5 trillones, 50 veces más que el débito de los cuarenta y dos países pobres. Asimismo, es un juego cruel de los países más ricos del mundo quejarse porque no tendrían cómo cancelar las deudas". (Jeffrey Sachs, "Release the Poorest Countries for Debt Bondage", *International Herald Tribune*, 12 y 13 de junio de 1999, p. 8, *apud*. Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 1,329-1,330.)

<sup>28</sup> Sobre ese tema, consultar a Joseph Y. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, New York/London, WW Norton Company, 2003.

<sup>29</sup> Sobre ese tema, consultar el *Human Development Report 2002*, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002.

respectivas regiones (lo que se constata con mayor evidencia en la Unión Europea y de forma todavía muy incipiente en el Mercosur), se observa que las cláusulas democráticas y de derechos humanos no han incorporado a la agenda del proceso de globalización económica.

En lo que se refiere al sector privado, está también la necesidad de acentuar su responsabilidad social, especialmente de las empresas multinacionales, al paso que constituyen las grandes beneficiarias del proceso de globalización: basta con citar que de las 100 (cien) mayores economías mundiales, 51 (cincuenta y una) son empresas multinacionales y 49 (cuarenta y nueve) son Estados nacionales. Por ejemplo, es importante encorajar empresas a adoptar códigos de derechos humanos relativos a la actividad de comercio; demandar sanciones comerciales a empresas violadoras de los derechos sociales; adoptar la “tasa Tobin” sobre las inversiones financieras internacionales, entre otras medidas.

##### **5. Reforzar la responsabilidad del Estado en la implantación de los derechos económicos, sociales y culturales**

Por fin, si se tienen en cuenta los graves riesgos del proceso de desmantelamiento de las políticas públicas estatales en la esfera social, hay que redefinir el papel del Estado bajo el impacto de la globalización económica. Hay que reforzar la responsabilidad del Estado en lo que se refiere a la implantación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Como advierte Asbjorn Eide: “Se pueden y se deben encontrar los caminos para que el Estado asegure el respeto y la protección a los derechos económicos, sociales y culturales, de forma a preservar las condiciones para una economía de mercado relativamente libre. La acción gubernamental debe promover la igualdad social, enfrentarse a las desigualdades sociales, compensar los desequilibrios creados por los mercados y asegurar un desarrollo humano sostenible. La relación entre gobiernos y mercados debe ser complementaria”<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Asbjorn Eide, “Obstacles and Goals to be Pursued”, in: Asbjorn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston y Londres, 1995, p. 383. Agrega el autor que “donde la renta se distribuye igualmente y las oportunidades son razonablemente ecuánimes, los individuos se encuentran en mejores

En el mismo sentido, afirma Jack Donnelly: “Mercados libres son económicamente análogos al sistema político basado en la regla de la mayoría, sin, con todo, la observancia de los derechos de las minorías. Las políticas sociales, desde esta perspectiva, son esenciales para asegurar que las minorías, en desventaja o privadas por el mercado, logren el respeto esencial en la esfera económica. (...) Los mercados buscan la eficiencia y no la justicia social o los derechos humanos para todos”<sup>31</sup>.

Además, la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales no es solo un deber moral de los Estados, sino también un deber jurídico, que tiene por fundamento los tratados internacionales de protección a los derechos humanos, en especial el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los Estados tienen, así, el deber de respetar, proteger e implementar los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Este Pacto, que cuenta actualmente con la adhesión de 145 Estados partes, enuncia un extenso catálogo de derechos que incluye el derecho al trabajo y a la justa remuneración, el derecho a formar y a afiliarse a sindicatos, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, a la seguridad social, a la salud, etc. En los términos en los que están previstos por el Pacto, estos derechos presentan realización progresiva y están condicionados a la actuación del Estado, que debe adoptar todas las

---

condiciones para manejar sus intereses y hay una menor necesidad de gastos públicos del Estado. Cuando, por otra parte, la renta se distribuye injustamente, la demanda por oportunidades iguales y por el igual ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales requiere mayores gastos estatales, basados en una tributación progresiva y en otras medidas. De forma paradójica, no obstante, la tributación para los gastos públicos en las sociedades igualitarias parece tener una mejor aceptación que en las sociedades en las que la renta se distribuye injustamente”. (Asbjorn Eide, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, in: Asbjorn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston y Londres, 1995, p. 40.)

<sup>31</sup> Jack Donnelly, *International Human Rights*, Westview Press, Boulder, 1998, p. 160. “Aligerar el sufrimiento de la pobreza y adoptar políticas compensatorias son funciones del Estado y no del mercado. Estas son demandas relacionadas con la justicia, los derechos y las obligaciones y no con la eficacia. (...) Los mercados simplemente no pueden hacerse cargo de ellas –porque no tienen la vocación para hacerlo”. (Jack Donnelly, “Ethics and International Human Rights”, in: *Ethics and International Affairs*, Japón, United Nations University Press, 2001, p. 153.)



medidas, hasta el máximo de sus recursos disponibles<sup>32</sup>, con vistas a alcanzar progresivamente la completa realización de esos derechos (artículo 2º, párrafo 1º del Pacto)<sup>33</sup>.

Hay que reiterar que, a causa de la indivisibilidad de los derechos humanos, la violación a los derechos económicos, sociales y culturales propicia la violación a los derechos civiles y políticos y la vulnerabilidad económico-social conlleva la vulnerabilidad de los derechos civiles y políticos. Según Amartya Sen: “La negación de la libertad económica, bajo la forma de la pobreza extrema, deja el individuo vulnerable a violaciones de otras formas de libertad. (...) La negación de la libertad económica implica la negación de la libertad social y política”<sup>34</sup>.

Si los derechos civiles y políticos mantienen la democracia dentro de límites convenientes, los derechos económicos y sociales establecen los límites adecuados a los mercados. Mercados y elecciones, por sí solos, no son suficientes para asegurar los derechos humanos a todos<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Hay que destacar que tanto los derechos sociales, como los derechos civiles y políticos demandan del Estado prestaciones positivas y negativas y está equivocada y es simplista la visión de que los derechos sociales demandarían solamente prestaciones positivas, mientras que los derechos civiles y políticos demandarían prestaciones negativas, o la mera abstención estatal. Como ejemplo, se puede indagar cuál es el costo del aparato de seguridad, mediante el que se aseguran los derechos civiles clásicos, como el derecho a la libertad y el derecho a la propiedad, o cuál es el costo del aparato electoral que hace posibles los derechos políticos, o, del aparato de justicia, que garantiza el derecho al acceso al Poder Judicial. Es decir, los derechos civiles y políticos no se restringen a demandar la simple omisión estatal, ya que su implantación requiere políticas públicas direccionadas, las cuales suponen también un costo.

<sup>33</sup> A menudo se ha interpretado mal la expresión “aplicación progresiva”. En su *General Comment* n. 03 (1990), sobre la naturaleza de los deberes estatales relativos al artículo 2º, párrafo 1º, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que, si la expresión “realización progresiva” constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos sociales, económicos y culturales no puede alcanzarse en un corto período de tiempo, se debe interpretar esta expresión a partir de su objetivo central, que es el de establecer claros deberes a los Estados partes, para que adopten medidas, lo más pronto posible, para la realización de estos derechos. (*General Comment* n.3, UN Doc. Y/1991/23).

<sup>34</sup> Amartya Sen, *Development as Freedom*, Alfred La. Knopf, New York, 1999, p. 8.

<sup>35</sup> Jack Donnelly, , Colorado, Westview Press, 1998, p. 160.

## Conclusión

Desde la perspectiva de la concepción contemporánea de derechos humanos, se deben comprender los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la visión integral de los derechos humanos, con énfasis en la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de las distintas categorías de derechos, en las que los derechos sociales, económicos y culturales constituyen auténticos y verdaderos derechos, “accionables”, exigibles, que demandan seria y responsable observancia.

En este contexto, la defensa y la implantación de los derechos económicos, sociales y culturales implican cinco desafíos:

- a) fortalecer el proceso de afirmación de la visión integral e indivisible de los derechos humanos, mediante la conjugación de los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales;
- b) crear una protección especial a los grupos socialmente vulnerables, entendidos como víctimas preferenciales de violación de estos derechos, desde la inspiración de los valores de la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos, además del valor de la diversidad;
- c) avanzar en estrategias de *advocacy* y de litigancia, en el ámbito nacional e internacional, que optimicen la justiciabilidad y la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, por medio de un activo y creativo protagonismo de la sociedad civil;
- d) identificar la responsabilidad de los agentes no estatales ante la violación a los derechos económicos, sociales y culturales; y
- e) reforzar la responsabilidad del Estado en la implantación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Ante estos desafíos, se puede concluir con la creencia en la implantación de los derechos humanos, como la racionalidad de resistencia y como la única base de emancipación de nuestro tiempo.

Hoy, más que nunca, hay que crear un nuevo orden, más democrático e igualitario, capaz de celebrar la interdependencia entre la democracia, el desarrollo y los derechos humanos y que, sobre todo, se concentre en el valor de la absoluta preponderancia de la dignidad humana.



# TRANSVERSALIDADES

## La discapacidad y el desarrollo de los pueblos\*

*Esteban Arias Monge\*\**

### Introducción

El presente estudio analiza los derechos humanos de las personas con discapacidad, con especial énfasis en la realización de los llamados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), de este colectivo.

A fin de entender cómo asumen y cómo operan estos derechos para esta población, es indispensable conceptualizar qué es la discapacidad, cuáles son las condiciones que la caracterizan y qué implicaciones tiene para la sociedad en su conjunto la existencia de esta minoría.

De igual modo se pretende reseñar la producción normativa generada por los organismos universales y regionales y la evolución de los contenidos de estos instrumentos, con relación a las poblaciones vulnerables y a la tutela efectiva de sus derechos, con especial énfasis en los derechos de las personas con discapacidad.

Por último se analiza la realidad de esta población a la luz de esas normas y de los mecanismos de tutela de que éstas disponen y cómo esa teoría ha influido en la generación de políticas públicas en la materia. Se realiza un rápido repaso del panorama global en las Américas.

Un primer aparte reseña el nacimiento y evolución de los derechos económicos, sociales y culturales; cómo y dónde surgen, cuáles son los principales instrumentos internacionales que los contienen, particularmente en el sistema interamericano de justicia.

---

\* El presente texto fue preparado a solicitud del IIDH, como documento de apoyo para el XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos.

\*\* Jurista costarricense. Colaborador del IIDH.

En un segundo capítulo se analiza el tema de la discapacidad, concepto, evolución, nuevas tendencias y su realidad en la actualidad. Se comentan a su vez, los instrumentos internacionales que se han promulgado en materia específica de protección a esta población, particularmente en el marco de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos.

Finalmente, se dedica una sección para profundizar el análisis sobre los derechos a la educación, al trabajo y a la salud, como indicadores pertinentes y suficientes para conocer y comprender la realidad de esta población frente al resto de la sociedad, a la luz del principio superior de la igualdad.

### **El principio de igualdad y los derechos humanos**

Comprender cuando una población o grupo de personas traspasa el umbral de la vulnerabilidad para dejar de ser un subconjunto de la sociedad –tan “*homogéneo y normal*”, como imponen las convenientemente construidas por los poderosos o por las “*mayorías*”, reglas de la convivencia y se convierte en una población marginal, excluida e incluso invisibilizada por el resto de sus congéneres– es un reto que compete no sólo a los sociólogos y antropólogos, sino también a los políticos, a los juristas y por qué no, en buena teoría, al conjunto de toda aquella sociedad que pretenda llamarse democrática, justa, pluralista y respetuosa de la diversidad como principio de convivencia.

Cuáles son los factores o condiciones que alejan a no pocos grupos de la normalidad y los colocan en situaciones de vulnerabilidad, es una pregunta para la cual no caben explicaciones simplistas, que provengan solamente desde la teoría económica, sociológica o antropológica, sino que debe provenir de todas éstas, trabajando al lado de otras disciplinas académicas como el derecho, la filosofía y particularmente la ética del desarrollo. La complejidad del asunto es tal, que invita a profundizar de manera integral en el fenómeno todavía no resuelto de la discriminación, nada nuevo en la historia de la Humanidad.

Partir de que las diferencias existentes entre los distintos grupos de personas que interactúan en una sociedad moderna son únicamente “*condiciones*” pareciera apropiado para evitar introducir sesgos, que pudiesen teñir con algún contenido axiológico

inadecuado, o por lo menos inaceptable, en un estudio que pretende asumir la igualdad en la diversidad, como su pilar y punto de partida fundamental.

La diversidad ha sido una constante en la naturaleza, como las millones de especies animales y vegetales que pueblan el planeta, las cuales según su tipo constituyen familias completas agrupadas en especies y variedades, con tan escasísimas, o pequeñísimas diferencias entre ellas, que en ocasiones resulta difícil reconocerlas.

Lo mismo sucede con el ser humano y los animales. Para nadie a estas alturas del siglo XXI resulta descabellado sostener que nuestra tan superior y omnipotente raza humana, se diferencia por muy poco contenido genético de un chimpancé y hasta de un cerdo. Por supuesto sería absurdo pensar que el solo hecho de ser tan iguales implica eso, que somos iguales. Pero la abismal diferencia en aspecto sólo es un anticipo de los infinitos elementos que deben contarse como parte del proceso que ha permitido el desarrollo y evolución independiente de cada una de las especies, para convertirse en lo que son hoy en día.

Sucede que la necia e innecesaria propensión del hombre a buscar normas o reglas, que mientras menos excepciones admitan, aún mejor para esas normas, más perfectas, más absolutas y por tanto más inviolables, ha impedido por siglos que se entienda y asuma la variedad y la diversidad como parte de la norma, como la regla y no la excepción.

Esta búsqueda de confianza en la homogeneidad, en la invariabilidad, es un lastre que a golpe de fracasos ha tenido un alto costo para el desarrollo del Hombre, pues sus políticas de estandarización lo han empujado, entre otros desaciertos, a competir con la naturaleza para tratar de modificarla, según dicta su rebuscado concepto de normalidad. Contrario a lo correcto que debiera ser aprovecharla, tendiendo lazos y puentes de cooperación entre ambiente y ser humano como pretenden las más novedosas corrientes científicas, como la bioemulación, que ve en el medio ambiente un socio para el desarrollo, esto constituye no sólo la promoción de un nuevo modelo de ciencia e investigación, sino que se configura como una novedosa filosofía sobre el papel del hombre y sus vinculaciones con el medio, es decir se aproxima a lo que debe ser la nueva ética del desarrollo.

Como ya se anotó, el costo pagado por el planeta por la falta de empatía del ser humano fue y sigue siendo muy alto: extinción de especies por millares, destrucción completa de ecosistemas, modificación del clima global, son sólo ejemplos de esta loca carrera por llevar el orbe a sus límites en aras de la homogeneidad.

Sin embargo, hay que señalar con igual pesar, que este principio de homogeneidad ha llegado a gobernar las relaciones ya no del hombre con su entorno, sino lamentablemente de éste con sus semejantes. No son pocas las historias documentadas que desde tiempos antiguos ubican al ser humano y a las sociedades que éste ha construido en los distintos momentos, como intolerantes con todos aquellos que se saliesen de la norma impuesta por la época.

Esta intolerancia basada en el temor a lo desconocido, fue quizás la inspiradora de todas las guerras que conoce la historia, pues esta incomprensión e irrespeto a la diversidad se ha disfrazado en innumerables casos con motivos raciales, religiosos, geográficos, culturales y un sin fin de excusas similares, que en ocasiones no lejanas, han enfrentado a padres contra hijos y a hermanos entre sí.

Relatos sobre cómo ejércitos acaban, por la ley de la espada, con pueblos completos y con sus costumbres, sabiduría, tradiciones y otros legados, afloran en todas las páginas del libro de la humanidad. Tampoco es extraño encontrar inmerso en todo este proceso de construcción, destrucción y reconstrucción de la humanidad, al aliado perfecto e irrenunciable de la intolerancia: el poder.

De este modo en cada paso en la evolución del Hombre hacia su desarrollo, se aprecia con poco esfuerzo el juego, el vicio del poder, socio de los vencedores y caudillo de los vencidos, poder que modifica las relaciones entre los hombres libres por naturaleza y en razón de su condición de tales y de su dignidad (según la definición de derechos humanos que se asuma), para escribir las oscuras páginas de las relaciones entre esclavos y dueños, entre amos y siervos, entre burguesía y proletariado. Al respecto señala el autor Pedro Pablo Camargo: “La historia de los derechos humanos es, a grandes rasgos, la lucha incesante de los oprimidos contra los opresores, de los débiles contra los fuertes y de los explotados, que siempre han sido la mayoría, contra los grupos de explotadores”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Camargo, Pedro Pablo, *Manual de Derechos Humanos*, Bogotá, Colombia, Editorial Leyer, 1995, Pág. 3.

Al lado del concepto de poder al que se alude en los párrafos anteriores, que evidentemente no es el único, pues la teoría y en contadas ocasiones la praxis han desarrollado versiones más bondadosas del mismo, se fragua otro, notoriamente peligroso y que aportó con creces su cuota de desatino a la evolución de la Humanidad, el cual paradójicamente encuentra sus orígenes en uno de los principios fundamentales más importantes y nobles que se puedan mencionar, hermano gemelo del principio de justicia: el de la igualdad.

Así el concepto de igualdad, tan puro, simple, e inequívoco como pareciera ser en estos días –igualdad de oportunidades y no de condiciones–, fue asimilado en el pasado por la corriente de la homogeneidad, en ocasiones quizás por ignorancia y en otras por maldad, pero que en las más de las situaciones lo convirtió, dolorosamente, en la bandera de las injusticias más desiguales y desproporcionadas que pueda contar la historia.

Se manoseó este básico y elemental principio, tan ampliamente desarrollado por la teoría moderna de los derechos humanos, también conocidos como señala el Dr. Peces Barba como:

Lo que en castellano llamamos “derechos humanos”, “derechos fundamentales del hombre”, “derechos naturales”, “derechos públicos subjetivos”, “libertades fundamentales”, “garantías individuales”, etc., encierra una problemática compleja y una historia azarosa. El mismo pluralismo de denominaciones nos da ya, en una primera aproximación, noticia de la dificultad. Se encierran en esas simples palabras significados distintos, apoyados en fundamentos ideológicos y filosóficos también diferentes<sup>2</sup>.

Con su uso se justificaron las más grandes inequidades, de las que nacieron los iguales en privilegios y en poder, subordinando y avasallando países y regiones completas, quienes se enfrentaron, conduciendo a sus pueblos en esa empresa contra los desiguales, en religión, etnia, color y un largo etc., abriendo de ese modo profundas heridas en la carne, el alma y la conciencia colectivas, hasta hoy sangrantes en la mayoría de los casos.

---

<sup>2</sup> Peces Barba, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Madrid, publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, cuarta edición, 1983, pág. 13.



En síntesis con la explosiva mezcla entre “*igualdad*” y poder aquí reseñada, se convierte “*el hombre en el lobo del hombre*”, pues nacen las diferencias injustificables y las estratificaciones sociales sin ningún fundamento en la dignidad humana, ni en los principios ya citados de justicia e igualdad.

A fin de recalcar este hecho por demás histórico, no hace falta alargar demasiado la memoria remontándose a las épicas páginas de los conquistadores y conquistados, fueran griegos, romanos, persas, hunos, mongoles o españoles e ingleses en época más reciente; ni siquiera es necesario extender el análisis al abominable pero reciente holocausto. Hoy en día los modelos de organización social que rigen la mayoría de las colectividades modernas aún conservan penosos, pero difícilmente superables, resabios de esas desviaciones en la concepción del hombre y de sus relaciones con sus semejantes y con su entorno.

Un vívido ejemplo en la actualidad de este mal no superado es la discriminación que ejerce la sociedad en su conjunto contra sectores o segmentos de ésta, cuyas características o condiciones difieren de los usos y costumbres imperantes. Esta marginación ha sido experimentada por lo que se ha venido a conocer en el moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como poblaciones vulnerables o especiales.

De este modo, a pesar de las grandes riquezas generadas por el ser humano, todavía existen ricos y pobres, aun y cuando la ciencia y la tecnología han llegado a proveer medios para el mejoramiento de la calidad de vida que no se sospechaban un siglo atrás, lo cierto es que todos los días mueren miles de niños por falta de algo tan básico y tan común para algunos como el agua potable, una vacuna o un trozo de pan. En pleno siglo veintiuno siguen habiendo países subdesarrollados donde los recursos no alcanzan para dar alimento, salud, educación y vestido a millones de seres humanos, mientras otras naciones sumergidas en la abundancia, compiten por llegar primero que sus rivales al planeta Marte, provocando en este proceso derroches inimaginables de recursos.

Niños, mujeres, adultos mayores, minorías étnicas, religiosas y políticas engrosan la lista de agrupaciones que al igual que otras en el pasado, han buscado refugio en la ley para proteger sus intereses. Es aquí donde adquiere especial relevancia el papel de los Derechos

Humanos como disciplina de estudio y de tutela por parte del Derecho Internacional, evento que ocurre con ocasión de la configuración del moderno Derecho Internacional, con el final de la Segunda Guerra Mundial, con lo que denominan los autores Rodolfo Piza y Gerardo Trejos como “*la irrupción de los Derechos Humanos en el campo Internacional*”<sup>3</sup>.

Como señala el autor Pedro Pablo Camargo: “Históricamente puede probarse que los derechos humanos, como problemática del hombre, ha estado presente en la filosofía y el pensamiento de todos los tiempos de acuerdo a la evolución de las criaturas racionales. En cambio, no podría afirmarse que en las sociedades primitivas existiera un régimen legal de protección de los derechos y libertades fundamentales que, por lo general, fueron el patrimonio de los poderosos”<sup>4</sup>.

Sin intención de ahondar en las aristas filosóficas, históricas y teóricas que han forjado el concepto de derechos humanos como se entienden hoy en día, esta investigación se limita a la definición, específica del campo jurídico, en los siguientes términos: “Los Derechos Humanos son prerrogativas otorgadas por el Ordenamiento Jurídico –nacional o internacional– al ser humano sin distinción alguna en aras de tutelar ciertos valores que las sociedades han ido reconociendo como indispensables para la realización material y espiritual del hombre como tal y para la consecución de una vida social más armónica y segura, incluso frente al Estado”<sup>5</sup>. Esto no significa un desconocimiento, o desprecio de la trascendental importancia que tienen los aportes realizados por las otras dimensiones sobre la construcción conceptual de este término y de la disciplina que sustenta.

Se hace también un recuento de algunas definiciones, o más bien menciones, que en los instrumentos jurídicos internacionales más

---

<sup>3</sup> Piza Rocafort, Rodolfo y Trejos Salas, Gerardo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*. San José, Editorial Juricentro, 1989.

<sup>4</sup> Camargo, Pedro Pablo, Op. Cit., pág. 4.

<sup>5</sup> Arias Monge Esteban y Sánchez Castro, Adriana, *Derechos Humanos y Educación Superior: Una Propuesta para las Universidades miembros del CSUCA*, tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica, 2000, pág. 245.

relevantes, aparecen sobre el concepto, definiciones que se anticipan escasas, ya que los ideólogos en esta materia, sabiamente han dedicado dichos instrumentos a profundizar la consagración de los principios y valores subyacentes en este campo, así como a detallar en extremo cada uno de los derechos que con el tiempo se han venido reconociendo, dejando al igual que en otros campos del pensamiento humano, la construcción de definiciones a la doctrina, evitando así rigideces inapropiadas.

“Postular un fundamento absoluto para los derechos humanos es convertirlos en entidades inmutables y ahistóricas, desconociendo lo que ha sido y es la realidad social de tales derechos”<sup>6</sup>.

Esto por cuanto la no consagración de definiciones representa un reconocimiento de que el concepto de derechos humanos no es estático, sino que se transforma y evoluciona con el acontecer diario y que su expresión en letra resultaría un obstáculo para el desarrollo de la disciplina.

Fijando la atención una vez más en el momento en que surge la rama de los Derechos Humanos como parte del Derecho Internacional, no se puede desaprovechar la oportunidad de transcribir el primer texto universal que aborda el tema, con diametral acierto, develando algunos elementos fundamentales para la interpretación de estos derechos a partir de ese histórico momento.

Se trata del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, que a la letra reza:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. [...]

Considerando que el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en

---

<sup>6</sup> Puy Muñoz, Francisco, “Algunos tópicos actuales sobre derechos humanos”, *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Tomo II, 1985, pág. 276.

que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencia. [...]

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la **dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres**; y se han declarado resueltos a promover el **progreso social** y a elevar el **nivel de vida** dentro de un concepto más amplio de libertad”<sup>7</sup>.

De igual manera otros tratados y convenios se han dado a la tarea de desarrollar los principios de interpretación de esta materia, como la Proclamación de Teherán, adoptada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos. Suscrita en esa ciudad durante los meses de abril y mayo de 1968, ratifica y subraya lo dicho en la Declaración supra citada, cuando anota:

La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional. [...]

Las Naciones Unidas se han fijado como objetivo primordial en materia de Derechos Humanos que la humanidad goce de la máxima **libertad y dignidad**. Para que pueda alcanzarse este objetivo, es preciso que las leyes de todos los países reconozcan a cada ciudadano, sea cual fuere su raza, idioma, religión o credo político, la libertad de expresión, de información, de conciencia y de religión, así como el derecho a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural de su país<sup>8</sup>.

Este texto además hace notar la importancia que tienen dentro de los Derechos Humanos, los que se refieren al desarrollo del individuo en los ámbitos económico, social y cultural, objeto del presente estudio. Por otro lado, este documento introduce un elemento que vale la pena rescatar y se trata de la consagración del

---

<sup>7</sup> Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos, en Sagastume Gemmel, Marco, *Convenios y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos: Nivel ONU*, San José, CSUCA, 1998, pág. 23.

<sup>8</sup> Proclamación de Teherán, artículo 2, en Sagastume Gemmel, Marco, *Convenios y tratados internacionales sobre Derechos Humanos: nivel ONU*, San José, CSUCA, 1998, página 196.

principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, reconociendo que para la realización de unos –civiles y políticos– es fundamental la realización de los otros –económicos, sociales y culturales–: “Como los Derechos Humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los Derechos Civiles y Políticos sin el goce de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales resulta imposible”<sup>9</sup>.

En el mismo sentido se pronuncian la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual en su considerando transcribe el ya redactado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en las que se lee:

Considerando: Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tiene como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.

Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que **tienen como fundamento los atributos de la persona humana**<sup>10</sup>.

Como se puede apreciar y en atención a lo ya señalado, todos estos instrumentos dedican buena parte de sus preámbulos y considerandos a enunciar y desarrollar algunos de los principios que sustentan la rama de los derechos Humanos. La referencia a la libertad, a la justicia, a la paz, entre muchos otros valores, se consagra como base para el reconocimiento de la dignidad intrínseca de cada ser humano, pero sobre todo de la IGUALDAD de los derechos inalienables entre éstos.

Por otro lado se destaca en los textos transcritos la importancia

---

<sup>9</sup> Proclamación de Teherán, artículo 2, en Sagastume Gemmel, Marco, *Convenios y Tratados internacionales sobre Derechos Humanos: nivel ONU*, San José, CSUCA, 1998, pág. 196.

<sup>10</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, considerando. En Sagastume Gemmel, Marco, *Introducción a los Derechos Humanos*, Guatemala, Editorial Universitaria de la Universidad de San Carlos, 1999, pág. 233.

que se otorga a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, como parte de este núcleo irrenunciable de derechos que tienen los individuos, sean hombres o mujeres, sin distinción de raza, credo, pensamiento político y condición social, y sin que pueda introducirse ninguna clase de jerarquización ni preeminencia de unos derechos humanos sobre otros, en atención al ya citado principio de indivisibilidad. A propósito señala el autor Héctor Gros Espiell: “Todos los derechos del hombre tienen, por razones ontológicas y materiales, una naturaleza igual, aunque puedan tener carácter diferente y distintos sistemas de protección. No es admisible ninguna jerarquización entre ellos, ni puede admitirse el reconocimiento de que es lícita la violación y el desconocimiento de una categoría de derechos con base en que es preciso dar preeminencia a otra u otras categorías”<sup>11</sup>.

Estos derechos que se conocen también como “*derechos de segunda generación*”, aparecen con gran posterioridad a los derechos civiles y políticos, “*derechos de primera generación*”. El tema de los derechos humanos es tan antiguo como el hombre mismo. Desde la Carta Magna, otorgada por Juan sin Tierra en el año de 1215, la cual es el antecedente de todas las constituciones políticas modernas. Ésta fue confirmada en el año de 1628, mediante el documento conocido como “*Petition of rights*” y ampliada en 1689 por el documento “*Bill of rights*”. Casi un siglo después de la promulgación de este último documento, contemporáneo al movimiento independentista de las colonias Norte Americanas y a la Revolución Francesa, se fragua un movimiento descrito por el autor Pedro Pablo Camargo, como: “Entre el renacimiento y la revolución francesa, juristas y filósofos, como Bodino, Rousseau y Montesquieu en Francia, Grocio en los Países Bajos, y Hooker, Hobbes y Locke en la Gran Bretaña, revivieron las antiguas doctrinas del Derecho Natural a las que les insuflaron un carácter racionalista y no deidista. Concibieron los derechos naturales del hombre para oponerlos al despotismo y la opresión de las monarquías cristianas y católicas de Europa”<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Gros Espiell, Héctor, citado por Zovatto Garetto, Daniel, Contenido de los Derechos Humanos: Tipología, *I Seminario Interamericano de Educación y Derechos Humanos*, San José, Asociación Libro Libre, primera edición, 1986, p. 69.

<sup>12</sup> Camargo, Pedro Pablo, Op. Cit., pág. 8.

Esta corriente de pensamiento inspiró la promulgación de la Constitución del Buen Pueblo de Virginia el 12 de junio de 1776, en las independentistas Colonias Norteamericanas, que pocos días después, el 4 de julio de ese mismo año, lograrían su propósito. Este documento se conoce como el primer catálogo sobre Derechos Humanos, puso especial énfasis en los derechos civiles y políticos incorporados a la Constitución Norteamericana, con lo que se denominó las 10 primeras enmiendas, el 15 de diciembre de 1791. De igual modo, en el año de 1789, el 26 de agosto, en Francia, se adopta la “*Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano*”, que fue la respuesta Europea a esta corriente de pensamiento y sobre la cual se anotó: “Aquí nace el constitucionalismo liberal y el Estado de derecho sobre la base de la separación de poderes y los derechos y libertades fundamentales como límite frente al poder omnímodo del gobernante”<sup>13</sup>.

En cambio los derechos que ocupan estas páginas se comienzan a manifestar hasta mediados del siglo 19, con las ideas promovidas por Karl Marx y Friedrich Engels, en su manifiesto Del Partido Comunista en el año de 1948: “Es la crítica más acerba al Estado de derecho de la revolución francesa, edificado sobre la propiedad privada, incluso de los medios de producción, lo cual engendra un régimen inmisericorde de explotación y de injusticia social”<sup>14</sup>.

Estas ideas son retomadas y desarrolladas por los bolcheviques durante el triunfo de la revolución rusa en el año de 1917, con Vladimir Ilich Ilianov Lenin a la cabeza, quien redactó el Programa del Partido Socialista Ruso en 1915 y la “*Declaración de los derechos del pueblo trabajador explotado*”, en 1918. “Otra fuente importante en la construcción de la teoría sobre los derechos económicos, sociales y culturales, fue la Iglesia Católica, con su doctrina social, sobre todo a partir de su Encíclica *Rerum Novarum* (1891), del Papa León XIII”<sup>15</sup>.

Resulta oportuno anotar que todos estos nuevos derechos que estaban siendo propuestos por la teoría, solo se comenzaban a reconocer en los ordenamientos internos de los países, pues su

---

<sup>13</sup> Camargo, Pedro Pablo, Op. Cit., pág. 11.

<sup>14</sup> Camargo, Pedro Pablo, Op. Cit., pág. 12.

<sup>15</sup> Zovatto Garetto, Daniel, Op. Cit., pág. 78.

aparición en normas internacionales ocurre tiempo después, como se verá líneas abajo. De igual modo es necesario reiterar que la aparición posterior en tiempo de éstos, no representa motivo para que se hagan diferencias entre unos –derechos de la segunda generación– y otros –derechos de la primera generación–, ya que como se ha sostenido reiteradamente por la doctrina todos tienen igual valor e importancia.

Con relación a los Derechos Humanos de tercera generación, sólo serán señalados, pues no son parte del objeto de este trabajo. El autor Marco Antonio Sagastume los define como: “(...) formas de la vida humana comunitaria, es decir, son derechos de unidad, tanto de las personas humanas como de los pueblos, por lo que podríamos decir que la solidaridad es el ingrediente fundamental de los derechos de la tercera generación a los cuales denominaremos derechos de los pueblos”<sup>16</sup>.

Así se propone como la característica principal de estos derechos la siguiente: “Se han denominado derechos de la Tercera Generación a un conjunto de nuevos Derechos Humanos que tendrían como característica específica que los sujetos de esos nuevos derechos son los pueblos y la persona humana al mismo tiempo; ya no se trata de seguir únicamente la línea de protección a los derechos individuales sino también buscar la protección de los derechos colectivos”<sup>17</sup>.

Por último y para dejar correctamente planteado el panorama de estos nuevos y poco desarrollados derechos, se culmina presentando lo que al respecto comenta el profesor Karel Vasak:

Los nuevos Derechos Humanos podrían denominarse también derechos de solidaridad, puesto que reflejan una cierta concepción de la vida en comunidad, sólo pueden adquirir existencia real mediante los esfuerzos conjuntos de todos los componentes de la sociedad: individuos, Estado, entidades públicas y privadas. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al agua pura, el derecho al aire puro e incluso el derecho a la paz. En lo que se refiere a estos nuevos derechos humanos, la

---

<sup>16</sup> Sagastume Gemmel, Marco Antonio, *Los Derechos de los Pueblos*, San José, Costa Rica, Educa/Csuca, segunda edición, 1997, pág. 14.

<sup>17</sup> Sagastume Gemmel, Marco Antonio, *Los Derechos de los Pueblos*, San José, Costa Rica, Educa/Csuca, segunda edición, 1997, p.p. 13-14.



legislación internacional es aún prácticamente inexistente, e igual sucede, por lo demás, con las legislaciones nacionales; raras son las constituciones escritas que incorporan uno u otro de estos nuevos derechos humanos aunque existan propuestas en tal sentido<sup>18</sup>.

A fin de comprender cómo estos derechos abandonan las normas internas de los países y comienzan a manifestarse en el plano internacional, es preciso seguir a los autores Piza Rocafort y Trejos Salas<sup>19</sup>, cuando sostienen que se pueden identificar cuatro etapas en la evolución de los derechos humanos en el campo internacional, a saber:

- La etapa del derecho internacional clásico, también conocida como del derecho internacional común.
- La segunda comprende intervenciones de los Estados en favor de algunas minorías, pero no por un reconocimiento a los derechos de éstas, sino en ejercicio de facultades propias de los Estados; esto configura las bases del derecho internacional humanitario.
- La tercera etapa, a inicios del siglo veinte, se da con la creación de la Liga de las Naciones y con la aparición de organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo –en ese momento Oficina Internacional del Trabajo–; en esta etapa ya se genera conciencia sobre la importancia que tiene el reconocimiento, en algunas situaciones, del ser humano, como sujeto del derecho internacional.
- La última etapa se configura con la llegada y fin de la segunda Guerra Mundial, como ya se anotó y es en este momento cuando en muchas declaraciones internacionales se aborda el tema de los derechos Humanos que corresponden a los seres humanos. La estructura del derecho internacional se modifica, pues el sujeto se convierte en titular de derechos frente a los Estados, se acuña el término “*ius cogens*”, para denominar a un derecho internacional indisponible por los estados, es decir que estos no pueden eliminar, “con base en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, la Declaración de Teherán, el Acuerdo

---

<sup>18</sup> Vasak, Karel citado por Sagastume Gemmel, Marco Antonio, *Los Derechos de los Pueblos*, San José, Educa/Csuca, segunda edición, 1997, página 14.

<sup>19</sup> Piza Rocafort, Rodolfo y Trejos Salas, Gerardo, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, San José, Editorial Juricentro, 1989.

de Helsinki y de pronunciamientos del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya”<sup>20</sup>.

Esta rama autónoma del derecho internacional se puede definir como: “el conjunto de reglas jurídicas internacionales que reconocen sin discriminación a los individuos, derechos y libertades que aseguran la libertad y la dignidad de la persona humana y que se benefician de garantías institucionales”<sup>21</sup>.

Retomando el tema de fondo de este estudio, tal cual los derechos económicos, sociales y culturales, que tienen como fin primordial la ya comentada igualdad y justicia social, y: “(...) garantizar un bienestar económico, una verdadera justicia social, como así también el goce pleno de los beneficios de la educación y de la cultura”<sup>22</sup>.

Estos derechos tienen características especiales, que los diferencian de los derechos de la primera generación, pues en aquellos la responsabilidad del Estado se circunscribía básicamente a la obligación de no hacer, es decir de no interferir con el goce y disfrute de los derechos de los individuos. En los de segunda generación, más bien se imponen a los mismos Estados obligaciones de hacer, es decir a dedicar según sus posibilidades, los recursos necesarios para crear un desarrollo pleno de los individuos, lo que evidentemente supone la realización de acciones en los ámbitos legal, económico, social, entre otros, a fin de garantizar ese desarrollo. Con la intención de comprender los aspectos que caracterizan estos derechos se transcriben los 3 aspectos claves señalados por el autor Daniel Zovatto, quien se apoya en el pensamiento del profesor Pastor Ridruejo: “La primera es la obligación de adoptar medidas para su disfrute, lo que evoca la idea de prestaciones positivas. La segunda es la factibilidad, es decir, ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’, en otros términos, el condicionamiento de la obligación a las posibilidades. La tercera, su progresividad”<sup>23</sup>.

Para finalizar este marco global sobre los Derechos Humanos y dentro de estos de los derechos económicos, sociales y culturales, se

---

<sup>20</sup> Piza Rocafort, Rodolfo y Trejos Salas, Gerardo, Op. Cit., pág. 37.

<sup>21</sup> Vargas Carreño, Edmundo, *Introducción al Derecho Internacional*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, segunda edición, 1992, pág. 277.

<sup>22</sup> Zovatto Garetto, Daniel, pág. 81.

<sup>23</sup> Zovatto Garetto, Daniel, pág. 86.

enlistan algunos de los más representativos, según la enumeración hecha por el autor Pedro Pablo Camargo. Se mencionan también los instrumentos internacionales que desarrollan los derechos a la educación, al trabajo y a la salud, con especial énfasis en los convenios adoptados por la Organización de Estados Americanos, por la atención que estos revisten para el presente documento.

- i) Derecho al desarrollo.
- ii) Derecho al trabajo.
- iii) Derecho a la salud.
- iv) Derecho a la educación.
- v) Derecho a un nivel de vida adecuado.
- vi) Derechos sindicales.

Los instrumentos internacionales de carácter universal que desarrollan estos derechos subrayan que:

La carta de la Organización de las Naciones Unidas, promulgada el 26 de junio de 1945, en su artículo 1, define cuáles son los propósitos de la organización, de los cuales vale la pena destacar: '2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión'<sup>24</sup>.

Estos propósitos se transforman en acciones concretas, que el mismo estatuto impone a la organización y a sus Estados miembros, como se aprecia en la lectura general del documento, pero especialmente de los artículos 55 y 56<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Carta de las Naciones Unidas citada por Sagastume Gemmel, Marco Antonio, *Introducción a los Derechos Humanos*, Op. Cit., pág. 217.

<sup>25</sup> Carta de las Naciones Unidas citada por Sagastume Gemmel, Marco Antonio, *Introducción a los Derechos Humanos*, Op. Cit., pág. 224.

Estos enunciados se desarrollan en los artículos subsiguientes –57 al 64– de la misma carta y constituyen el fundamento para una amplia producción normativa tanto de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como de sus distintos consejos, así como de los diferentes organismos especializados a que se hace referencia en ese mismo articulado.

Dentro de esta vasta producción se destacan, como textos que dedican su contenido al tema de fondo del presente, los siguientes, sin pretender que la lista sea exhaustiva: La declaración Universal de Derechos Humanos promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en resolución número 217, el 10 de diciembre de 1947; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, resolución número 2200. Y de forma más reciente la Declaración Sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidas, dictada por la Asamblea General de Las Naciones Unidas en la resolución número 53144, del 9 de diciembre de 1998, que junto a los acuerdos, tratados y declaraciones que se anotan en el Anexo 1, constituyen la normativa en comentario.

En el caso específico de las Américas, es conveniente comenzar resaltando lo que al efecto dispone la Carta de la Organización de Estados Americanos, la cual en su artículo 3 enarbola los principios que sustentan la organización, la justicia y la seguridad como base para la paz, o la proclamación de los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo, o sexo.

En el artículo 17 de la carta en comentario, se trata con mayor profundidad el tema cuando al lado de reconocer el derecho de los Estados a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica, también se consagra la importancia de que en ese libre desenvolvimiento el estado respete los derechos humanos de las personas.

Continúa la carta de la OEA desarrollando el tema de los derechos humanos, en su artículo 30 sobre desarrollo integral de los pueblos, en el artículo 33 sobre el desarrollo y la obligación del Estado en promoverlo como un proceso integral y continuo para lograr un modelo económico y social más justo; en el artículo 34

sobre igualdad de oportunidades, eliminación de la pobreza y la mejor distribución de la riqueza y del ingreso, así como la participación de los pueblos en la toma de las decisiones sobre su desarrollo, todos los cuales se presentan como objetivos básicos para el desarrollo integral y donde se añaden metas para lograr su cumplimiento.

Más adelante, en el artículo 45, se señalan principios y mecanismos para lograr que el hombre pueda alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz. Lo que representa una lista de derechos económicos, sociales y culturales, que se amplía con relación al derecho a la educación y los compromisos de los Estados esté en los artículos 47 y 48, entre otros.

Por otro lado la Organización de Estados Americanos promulga una serie de convenios sobre la temática. Vale la pena destacar entre estos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José y su protocolo adicional, conocido como el Protocolo de San Salvador, normas que se comentan seguidamente.

En el articulado de la Convención Interamericana se destacan las disposiciones de los artículos 1 y 2; en el primero se señala el deber de los Estados de respetar y garantizar el respeto a los derechos que consagra la convención, a favor de las personas, término sobre el cual incluso se proporciona una definición, que por amplia no deja de ser importante. Este artículo sienta los fundamentos que posteriormente dan origen a las convenciones especializadas en la tutela de derechos de poblaciones vulnerables, al enunciar el postulado de no discriminación y al definir la persona como ser humano, sin ningún otro requisito o condición (ver artículos 2 y 3 de la convención).

En el caso del artículo 2, resulta de interés anotar el deber que asumen los Estados firmantes de adoptar las regulaciones y disposiciones internas necesarias y suficientes para el ejercicio de los derechos y libertades consignados en la Convención. Esto implica por un lado, la responsabilidad de cada Estado en desarrollar esos conceptos y los mecanismos para su tutela efectiva, al interior de su estructura jurídica; y por el otro, representa una oportunidad para que los grupos vulnerables, como lo es el caso de las personas con discapacidad, encuentren en el marco legal internacional un

valiosísimo apoyo para sustentar sus demandas de igualdad, frente a los Estados nacionales.

Por último esta convención dedica un capítulo al desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo el esfuerzo básicamente se circunscribe a apuntar en el único artículo de este capítulo que:

#### Artículo 26. Desarrollo Progresivo

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

El protocolo de esta convención amplía con harto detalle el tema de los derechos económicos, sociales y culturales, donde además de enumerar y desarrollar los contenidos de algunos de éstos, también impone obligaciones puntuales a los estados firmantes (ver artículos 1 y 2).

En su caso, el artículo 3, que desarrolla el derecho a la no discriminación, de especial interés para el tema de fondo de este ensayo:

#### Artículo 3. Obligación de no Discriminación

Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, 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.

En el mismo sentido y a fin de proteger de manera especial a las poblaciones vulnerables, el artículo 6 sobre derecho al trabajo, dedica su párrafo segundo para referirse a la obligación de los Estados de garantizar la realización de este derecho en el caso de las personas con discapacidad. Siguiendo con esta proactiva e

inteligente tendencia de consagrar los derechos que se tutelan por el ordenamiento, en este caso internacional, con especial énfasis en la realización de los mismos por las minorías vulnerables, los artículos 16 y 17, se refieren a los derechos de los niños y de los adultos mayores.

Para finalizar, esta convención retoma el tema de la protección de los minusválidos –se usaba este término pues en el momento de la promulgación de este tratado, no se habían desarrollado las nuevas teorías sobre la discapacidad–, en el artículo 18 en los términos que se lee:

#### Artículo 18. Protección de los Minusválidos

Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:

- a. ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso;
- b. proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos;
- c. incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo;
- d. estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

## **La discapacidad y los derechos humanos**

### **1. La discapacidad como modelo social**

Los orígenes de la discapacidad son tan antiguos como el hombre mismo. Relatos donde se menciona, o por lo menos se alude a esta

temática, son tan añejos como las historias romanas o griegas sobre el destino de los malformados, así los relatos sobre la eliminación de los nacidos no aptos para la guerra y otros ejemplos similares.

Se pueden identificar varias etapas principales en la evolución del tema de la discapacidad. Éstas responden o se asocian con tres formas de comportamiento social reconocidas por los estudiosos de la materia: El rechazo, por tratarse de un fenómeno desconocido; la protección, que parte de la idea de que estas personas son incapaces de valerse por sí mismos. Y por último la justicia social, que plantea que todos los miembros de una sociedad, sin distinción, pueden ser autónomos y participar en igualdad de oportunidades. Éste último es el pensamiento más reciente y que sirve de base a las teorías modernas sobre discapacidad que se analizan más abajo.

A fin de entender mejor la evolución del concepto de discapacidad se retoma el estudio del señor Luis Fernando Astorga Gatjens<sup>26</sup>, quien divide la historia de la discapacidad, (apoyándose en la obra “Concepciones, Paradigmas y Evolución de las Mentalidades sobre Discapacidad”, del autor Ramón Puig de la Bellacasa), de la manera que se reseña.

El modelo tradicional: “En algunas sociedades de la Antigüedad, el destino de las personas con discapacidad era la muerte. En la Esparta de Licurgo, las leyes permitían el despeñamiento de los débiles y los deformes desde el Monte Taigeto. En la Roma Imperial, mientras tanto, la roca Tarpeia cumplía igual propósito con los niños y los inválidos congénitos y ancianos. Tal sacrificio selectivo encontró eco, en el presente siglo, en el nazismo y sus cámaras de gas”<sup>27</sup>.

Con esta cita el autor reafirma lo ya anotado al inicio del capítulo. Amplía este período a la época del Cristianismo, donde si bien se suprime la idea de matar a dichas personas, no se hace ningún avance por el reconocimiento de los derechos que hoy se acepta tienen, como cualquier otro ser humano. Se convierte en este momento histórico a la población de personas con discapacidad en un objeto

---

<sup>26</sup> Astorga Gatjen, Luis Fernando, *Perspectiva Histórica de la Discapacidad*, San José, Documento inédito.

<sup>27</sup> *Ibíd.*



de caridad; por tanto las personas que lograban llegar a la edad adulta y tenían alguna discapacidad, debían dedicarse casi inexorablemente a la mendicidad.

El autor continúa señalando en esta cronología que posterior al renacimiento, en tiempos del absolutismo, se traslada el control de los asilos y nosocomios a la esfera del poder de los Estados. Con este hecho se crean las condiciones para que con la llegada de la Ilustración y sus ideas de jusnaturalismo racional, se cambiara una vez más el concepto y por ende el tratamiento sobre el tema de la discapacidad.

En este periodo de la Historia se convierte al discapacitado en un sujeto merecedor de asistencia, modelo no muy consistente –señala el autor, haciendo suyas las palabras del pensador Puig de la Bellacasa– con el movimiento de reivindicación de derechos que se manifestaba para la misma época y con las ideas que promovía la Revolución Francesa, sobre libertad e igualdad de los sujetos.

Para el siglo 19, vuelve a dar un giro el concepto en comentario y se asume entonces a las personas con discapacidad como sujeto de estudio de la medicina, de la psicología y de la pedagogía, modelo que no se supera hasta bien entrado el siglo 20. Al respecto señala el autor en su estudio: “De esta manera, los esquemas asistenciales que se iniciaron en la Edad Media con una asistencia de beneficencia y de caridad, practicada, fundamentalmente, por la Iglesia, seguirán con la asistencia como aspecto de orden público (Siglos XVI y XVII), la asistencia como derecho legal (Siglos XIX y XX), y la asistencia como seguridad social”<sup>28</sup>.

Todas las etapas descritas hasta aquí, responden o se enmarcan en lo que se dio a llamar “el modelo tradicional” o el “paradigma tradicional”, de la discapacidad, donde la única constante fue el desconocimiento e irrespeto sistemático del principio de igualdad tan ampliamente mencionado a lo largo de estas páginas.

### **El paradigma de la rehabilitación**

Anota el autor que este modelo aparece en el período de entre guerras y se reafirma luego de concluida la Segunda Guerra

---

<sup>28</sup> *Ibíd.*, Pág. 4.

Mundial. El supuesto principal de esta concepción es que la discapacidad es un problema, un mal o enfermedad y que por tanto está en el individuo, por lo cual el papel de la sociedad es prestar el apoyo suficiente para lograr la rehabilitación. Al respecto comenta el señor Astorga Gatjens:

Este modelo parte de que el problema se localiza en el individuo (la persona con discapacidad), ya que es en su deficiencia (física, mental, ó sensorial), y en su falta de destreza donde se localiza, principalmente, el origen de sus dificultades. Esto hace que se requiera la intervención profesional de un conjunto de especialistas (el equipo rehabilitador: médico, fisioterapeuta, terapeuta, ocupacional, psicólogo, trabajador social, etc.), que va a dar respuesta al problema mediante el proceso de rehabilitación. En este esfuerzo, los resultados se van a medir en términos del grado de las destrezas funcionales alcanzadas ó recuperadas y por la ubicación de la persona con discapacidad en un empleo remunerado”<sup>29</sup>.

Uno de los aportes más significativos introducidos por este modelo, además de la mejora sustancial de las condiciones de vida de esta población, es el desarrollo de las definiciones sobre deficiencia, discapacidad y minusvalía, adoptadas por la Organización Mundial de la Salud y consagradas en distintos instrumentos internacionales.

Sin embargo vale la pena destacar, que esta definición mantiene vigencia aun en la actualidad, exceptuando el término de minusvalía, el cual ya se ha superado y ha sido sustituido, como se anota líneas abajo, por el de desventaja:

*La definición Internacional de la discapacidad.*

#### C. Definiciones

La Organización Mundial de la Salud, en el contexto de la experiencia en materia de salud, establece la distinción siguiente entre deficiencia, discapacidad y minusvalía.

Deficiencia: Toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Discapacidad: Toda restricción

---

<sup>29</sup> Astorga Gatjens, Luis Fernando, *Perspectiva Histórica de la Discapacidad*, San José, documento inédito, pág. 5.

o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano. Minusvalía: Una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales) (1)<sup>30</sup>.

Es necesario hacer la aclaración de que los modelos hasta aquí descritos no se han superado de manera absoluta, tampoco se puede asumir que con la llegada o construcción de cada uno en el tiempo, no se mantengan durante la vigencia de este, muchas características y condicionamientos desarrollados por el, o los modelos anteriores.

### **El paradigma de la Autonomía Personal**

Fue en los Estados Unidos de Norte América, donde en la década de los 70 surge el movimiento denominado “*Independent Living*”, en buena parte como un producto de la derrota sufrida por este país en la guerra de Vietnam, de la cual regresaron decenas de miles de soldados con deficiencias físicas, sensoriales y mentales, provocadas por el conflicto bélico.

Sumado al estigma de perdedores en la guerra, estos soldados se vieron enfrentados a una sociedad extremadamente competitiva, lo que hizo necesario compensar la situación con procesos de reivindicación de los derechos de esta minoría.

El paradigma, o enfoque de la nueva visión, como también se le ha dado en llamar, supera por mucho los anteriores conceptos que fundamentaban la doctrina existente en la materia, generada por el modelo de la rehabilitación ya expuesto. Quizás el aporte más innovador es que traslada la discusión sobre la condición de la discapacidad a la esfera exterior al sujeto, es decir niega o rechaza que el origen del “problema” radica en el individuo o en su deficiencia y por tanto propone que no es ésta a la que hay que atacar.

Sostiene esta corriente que el origen del “problema” está en la dependencia frente a los demás en que se ha colocado a esta

---

<sup>30</sup> Organización Mundial de la Salud, *International Classification of Impairments, Disability and Handicaps (ICIDH)*, Ginebra, 1980.

población. El objetivo es la modificación del entorno y de las relaciones que establece e impone a los individuos, como la solución a las dificultades de acceso, en igualdad de oportunidades, que requiere esta agrupación para realizar sus derechos.

Aquí se hace conveniente anotar, que si bien este colectivo, en teoría, se beneficia de todos los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos promulgados desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, lo cierto es que pese al reconocimiento de que los derechos civiles y políticos y posteriormente los económicos, sociales y culturales, lo son para todos los individuos sin distinción, se hizo necesario, en razón del estado de vulnerabilidad que caracterizaba a este colectivo, ampliar y especificar los mecanismos de tutela de los derechos humanos de estas personas y de sus familias, a fin de garantizar efectivamente el goce y disfrute de los mismos.

## **2. La evolución legal de la discapacidad en los convenios universales**

Existen antecedentes sobre regulaciones en la materia, que aún no incorporaban los cambios conceptuales introducidos por el modelo de vida independiente, pero que vale la pena mencionar. La resolución número 3447 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1975, denominada “Declaración de los Derechos de los Impedidos”, enuncia en su primer artículo una definición de “impedido” que es constante con la filosofía no superada por la legislación de ese momento, que era la definida por el modelo de Rehabilitación: “El término ‘impedido’ designa a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales”<sup>31</sup>.

Esta declaración, al igual que su antecedente más inmediato, emitido también por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución número 2856 del 20 de diciembre de 1971,

---

<sup>31</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 3447, *Declaración de los Derechos de los Impedidos*, ONU, 9 de diciembre de 1975.

denominada “Declaración de los Derechos del Retrasado Mental” reconoce, si bien de una manera asistencialista, los derechos económicos y sociales que asisten al conjunto de personas con discapacidad, como se aprecia en el artículo 7 de la Declaración de los Derechos de los Impedidos ya comentada, así como en los artículos 1, 2 y 3 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, que se transcriben:

1. El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos.
2. El retrasado mental tiene derecho a la atención médica y el tratamiento físico que requiera su caso, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que le permitan desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes.
3. El retrasado mental tiene derecho a la seguridad económica y a un nivel de vida decoroso. Tiene derecho, en la medida de sus posibilidades, a desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil<sup>32</sup>.

Sin embargo, el nuevo panorama que se nutre de la tesis sobre la discapacidad que desarrolla el paradigma de autonomía personal, hizo necesaria una acción más decidida por parte de los organismos internacionales dedicados a la promoción de los Derechos Humanos, a fin de que los Estados iniciaran o fortalecieran sus procesos internos de protección de esta minoría. Sobre esta línea de pensamiento, la Organización de las Naciones Unidas, en la figura de su Asamblea General, aprueba el “Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad”, resolución número 3752, del 3 de diciembre de 1982, que en su objetivo claramente expresa los principios que con urgencia deben ser promovidos por los estados miembros de la Organización:

#### A. Objetivos

El propósito del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad es promover medidas eficaces para la prevención de la discapacidad y para la rehabilitación y la realización de los objetivos

---

<sup>32</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 2856, *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, ONU, 20 de diciembre de 1971.

de igualdad y de plena participación de las personas con discapacidad en la vida social y el desarrollo. Esto significa oportunidades iguales a las de toda la población y una participación equitativa en el mejoramiento de las condiciones de vida resultante del desarrollo social y económico. Estos principios deben aplicarse con el mismo alcance y con la misma urgencia en todos los países, independientemente de su nivel de desarrollo<sup>33</sup>.

Esta “nueva visión” y su referente en la producción de catálogos especializados en desarrollar los derechos humanos de las personas con discapacidad, se fundamenta en la convicción de que no existe democracia ni desarrollo si no hay igualdad entre los integrantes de una sociedad. Esta corriente de pensamiento recoge las demandas de una agrupación que lejos de disminuir con los avances de la ciencia y la tecnología, aumentaba día con día, producto de las guerras y otros desórdenes civiles. A esto se añade, aunque resulte paradójico, el aumento en la expectativa de vida del ser humano, el cual ha venido acompañado de diversas enfermedades y padecimientos para los cuales la ciencia no tiene todavía respuestas y que pueden representar potenciales causas generadoras de discapacidad.

El apartado de antecedentes del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad destaca las dimensiones del problema y reconoce la importancia de que éste, por cierto nada pequeño colectivo, tenga mejores condiciones de vida en igualdad con sus semejantes, a fin de ilustrar este comentario se transcribe el texto:

#### B. Antecedentes

A causa de deficiencias mentales, físicas o sensoriales, hay en el mundo más de 500 millones de personas con discapacidad, a las que se deben reconocer los mismos derechos y brindar iguales oportunidades que a todos los demás seres humanos. Con demasiada frecuencia, estas personas han de vivir en condiciones de desventaja debido a barreras físicas y sociales existentes en la sociedad, que se oponen a su plena participación. El resultado es que millones de

---

<sup>33</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución número 3752, *Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*, ONU, 3 de diciembre de 1982.

niños y adultos del mundo entero arrastran a menudo una existencia marcada por la segregación y la degradación<sup>34</sup>.

Se admite en este texto, probablemente por primera vez en uno de su categoría, que es el entorno el que impone barreras y limitaciones para que esta población pueda disfrutar a plenitud de sus derechos, lo que representa ya un avance en la forma en que la legislación comienza a incorporar el nuevo pensamiento elaborado por la doctrina.

Otra evidencia sobre el cambio que trata de promover la normativa internacional a la luz de las ideas del emergente modelo de vida independiente, tiene que ver con la toma de conciencia de la colectividad, sobre la importancia y la necesidad de que exista y se respete la diversidad entre las personas, con un claro reconocimiento de que la discapacidad no es una enfermedad, ni un problema, sino que se trata de una condición de algunos individuos, como lo puede ser cualquier otra, que cobra mayor o menor importancia cuando el entorno no respeta las necesidades especiales de las personas que pertenecen a esta agrupación, poniéndolas así en una situación de desigualdad, o desventaja. Este es un factor determinante para el éxito de este movimiento social.

Es ilustrativo de este naciente respeto a la diversidad en el tema de la discapacidad recoger lo apuntado por el documento de la ONU en su comentario, el cual expresa: “Las personas con discapacidad no forman un grupo homogéneo. Por ejemplo, las personas con enfermedades o deficiencias mentales, visuales, auditivas o del habla, las que tienen movilidad restringida o las llamadas deficiencias médicas: todas ellas se enfrentan a barreras diferentes, de índole diferente y que han de superarse de maneras diferentes”<sup>35</sup>.

Como ejemplos de este renovado esfuerzo por crear normas que protejan a este colectivo se citan sin pretender ser exhaustivos, los siguientes documentos:

---

<sup>34</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución número 3752, *Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*, ONU, 3 de diciembre de 1982.

<sup>35</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución número 3752, *Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*, ONU, 3 de diciembre de 1982.

- Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), C159, de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado en Ginebra, Suiza, el 20 de junio de 1983.
- Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, emitidos por la Asamblea General de Las Naciones Unidas en resolución número 46119 del 17 de diciembre de 1991.

Vale la pena retomar una vez más, los avances conceptuales que introduce el modelo de autonomía personal, el cual como ya se explicó, abandona la idea de que la discapacidad reside en el individuo y que por tanto este debe ser integrado a las dinámicas sociales, para centrar la discusión en las relaciones del entorno con esta población, de lo cual se ocupa la organización Mundial de la Salud, cuando modifica dentro de la definición de discapacidad el último de sus componentes –la minusvalía– y lo reemplaza por el de “desventaja”, el cual define como: “(...) la situación de un individuo con una deficiencia o discapacidad a quien se le discrimina o limita en su desarrollo como integrante de una sociedad”.

Uno de los acontecimientos más recientes en este proceso que se puede destacar, es la adopción, en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1993, de la resolución 48-96, denominada “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”, que representa el primer esfuerzo normativo nacido íntegramente bajo la influencia teórica del modelo de autonomía personal. Este documento se convierte en el pilar y fuente de inspiración de una nueva generación de normativa especial en la materia, tanto a nivel internacional, como local en muchos países del orbe.

Se transcribe de este documento el artículo 1, que introduce la obligación de los Estados firmantes a promover medidas para que las sociedades tomen mayor conciencia sobre la temática de la discapacidad: “1. **Mayor toma de conciencia.** Los Estados deben adoptar medidas para hacer que la sociedad tome mayor conciencia de las personas discapacitadas, sus derechos, sus necesidades, sus posibilidades y su contribución”<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Asamblea General de Las Naciones Unidas. Resolución: 4896: Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. ONU, 20 de diciembre de 1993.



Por otro lado, el artículo 2 se refiere a la obligación de los Estados de prestar y garantizar la prestación de atención médica a este colectivo. En el mismo sentido el artículo 3, dedica su texto a establecer la responsabilidad de los Estados en garantizar la existencia y prestación de servicios de rehabilitación a las personas con discapacidad.

El artículo 4 establece la obligación de que los estados garanticen la existencia y prestación de servicios de apoyo, como mecanismo para potenciar la autonomía de estas personas y así garantizar la realización de sus derechos, los cuales se amplían a modo de catálogo, entre otros, en los artículos:

5. **Posibilidades de acceso.** Los Estados deben reconocer la importancia global de las posibilidades de acceso dentro del proceso de lograr la igualdad de oportunidades en todas las esferas de la sociedad. Para las personas discapacitadas de cualquier índole, los Estados deben: (a) establecer programas de acción para que el entorno físico sea accesible, y (b) adoptar medidas para garantizar el acceso a la información y la comunicación.
6. **Educación.** Los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos discapacitados en entornos integrados, y deben velar por que la educación de las personas discapacitadas constituya una parte integrante del sistema de enseñanza.
7. **Empleo.** Los Estados deben reconocer el principio de que las personas discapacitadas deben estar facultadas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad para ejercer sus derechos humanos, en particular en materia de empleo. Tanto en las zonas rurales como en las urbanas debe haber igualdad de oportunidades para obtener un empleo productivo y remunerado en el mercado de trabajo.
8. **Mantenimiento de los ingresos y seguridad social.** Los Estados son responsables de las prestaciones de seguridad social y mantenimiento del ingreso para las personas discapacitadas.
9. **Vida en familia e integridad personal.** Los Estados deben promover la plena participación de las personas discapacitadas

en la vida en familia. Deben promover su derecho a la integridad personal y velar por que la legislación no establezca discriminaciones contra las personas discapacitadas en lo que se refiere a las relaciones sexuales, el matrimonio y la procreación.

10. **Cultura.** Los Estados deben velar por que las personas discapacitadas se integren y puedan participar en las actividades culturales en condiciones de igualdad.

11. **Actividades recreativas y deportivas.** Los Estados deben adoptar medidas encaminadas a asegurar que las personas discapacitadas tengan igualdad de oportunidades para realizar actividades recreativas y deportivas”<sup>37</sup>.

Para finalizar el comentario de esta norma basta con dejar constancia que en su articulado no transcrito por razones de espacio, se establecen otros deberes para los estados que no son menos importantes que los ya anotados.

### 3. La discapacidad en América

En el caso del sistema interamericano de Derechos Humanos, se inician conversaciones para incorporar la temática en los cuerpos legales de la región. De ese modo, el 5 de junio de 1996, se aprueba en Panamá, por resolución número 1369, el documento que denominó “Compromiso de Panamá con las personas con discapacidad en el Continente Americano”.

En este acuerdo, los Estados partes de la Organización asumen y ratifican una serie de compromisos con esta agrupación, de ese modo ya en el considerando del documento se puede leer:

TENIENDO EN CUENTA que la discapacidad puede dar origen a situaciones de discriminación, por lo que resulta necesario propiciar el desarrollo de acciones y medidas que permitan mejorar sustancialmente la situación de las personas con discapacidad en el Hemisferio;

CONSIDERANDO que en la Declaración de Principios de la Cumbre de las Américas, los Jefes de Estado y de Gobierno,

---

<sup>37</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 4896, *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*, ONU, 20 de diciembre de 1993.

reunidos en Miami en 1994, declararon que “resulta inaceptable que algunos sectores de nuestras poblaciones se encuentren marginados y no participen plenamente de los beneficios del desarrollo”, y plantearon como objetivo “mejorar la satisfacción de las necesidades de toda población, especialmente de las mujeres y los grupos más vulnerables, incluidos las poblaciones indígenas, los discapacitados, los niños, los ancianos y las minorías”;

RECORDANDO que el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, reconoce el derecho de toda persona afectada por una discapacidad física o mental “a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad<sup>38</sup>.”

Ya en el cuerpo del documento se leen acuerdos como los que se destacan a continuación:

1. Declarar su compromiso de intensificar los esfuerzos en favor de las personas con discapacidad.
2. Manifestar su más firme y decidido compromiso con la defensa y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad y la necesidad de que se mejoren los servicios y se ofrezcan mayores oportunidades para las personas con discapacidad en el continente americano.
3. Recomendar a los Estados miembros que dentro de sus posibilidades, intensifiquen sus esfuerzos a fin de crear oportunidades equitativas para las personas con discapacidad en los servicios de salud, educación y capacitación, así como oportunidades de empleo y de vida independiente y, en general, facilidades para que se integren y contribuyan plenamente a la sociedad en forma productiva<sup>39</sup>.

Por último es prudente hacer notar que esta resolución sienta las bases en sus acuerdos –numerales del 4 al 9–, para la redacción y posterior aprobación de una convención americana dedicada a tutelar los derechos de las personas con discapacidad. No se omite resaltar

---

<sup>38</sup> Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Resolución número 1369, Ciudad de Panamá, Panamá, 5 de junio de 1996.

<sup>39</sup> *Ibíd.*

que fueron Costa Rica y Panamá los importantes impulsores de tal iniciativa.

En 1999, el 7 de junio, se suscribe la denominada “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, resolución número 1608 de la Asamblea General de los Estados Americanos, reunida en Guatemala.

Este documento, que representa la culminación de un lento, arduo, pero ineludible proceso para consagrar en una norma de carácter regional, el pensamiento más actual y vanguardista sobre el tema de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad, así como de las obligaciones que competen a los gobiernos en el proceso, que recién inicia, de consolidación legal de estos derechos al interior de las naciones miembros de la Organización; comienza en su considerando a reseñar la mayoría de las normas que aquí se han comentado y que constituyen sin pretender ser exhaustivas, el marco general sobre la tutela internacional, sobre los derechos de esta población.

Apunta el artículo 1 de esta Convención, la definición de discapacidad más completa que pueda encontrarse en un instrumento de esta naturaleza. Lo mismo ocurre con la definición de discriminación en razón de la discapacidad, consagrándose, a criterio de este estudio, el que será el principio más trascendental en la progresiva incorporación de la población con discapacidad en todos los ámbitos del quehacer humano; tal principio se denominará: “principio de la discriminación positiva”, tal como se lee en el literal b del párrafo 2 de este artículo:

#### 1. Discapacidad

El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

#### 2. Discriminación contra las personas con discapacidad

a) El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de

discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación<sup>40</sup>.

El artículo 2 de este cuerpo legal, determina con diametral claridad el que debe ser el objetivo futuro de cualquier norma, sea de derecho internacional, o interno, sobre el tema de la discapacidad: “ARTÍCULO II: Los objetivos de la presente Convención son la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad”<sup>41</sup>.

Continúa el artículo 3 señalando cuales son los compromisos que adquieren con la promoción de la igualdad de las personas con discapacidad, los estados que suscriban y ratifiquen esta convención. A pesar de lo extenso del artículo se copia íntegro como muestra de su trascendencia:

### ARTÍCULO III

Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a:

1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar

---

<sup>40</sup> Asamblea General de los Estados Americanos, resolución 1608, *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad*. OEA, 7 de junio de 1999.

<sup>41</sup> Asamblea General de los Estados Americanos, resolución 1608, *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad*. OEA, 7 de junio de 1999.

su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa:

- a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;
  - b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;
  - c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; y
  - d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo.
2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas:
- a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles;
  - b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad; y
  - c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Asamblea General de los Estados Americanos, resolución 1608, *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad*. OEA, 7 de junio de 1999.

Otro logro importante de los derechos de esta población, es el reconocimiento de la necesidad de involucrar a las organizaciones de personas con discapacidad –deber de consulta, pues hasta este momento la consulta se establecía, pero no era obligatoria– en la definición de políticas sobre el tema, según el artículo 5. Por otro lado y a fin de evaluar los progresos en la materia, el artículo 6 crea un Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, el cual se integra por representantes de los Estados partes en la convención y tiene como propósito, entre otros igualmente importantes, conocer y transmitir a la Asamblea General de la Organización, los informes de avances que se hagan en la región sobre el tema.

En otro orden de cosas es necesario apuntar que durante todo este proceso, el fenómeno de la discapacidad se comienza a entender como una realidad ya no de una minoría, sino como un asunto de grandes proporciones y que debería ser de atención e interés Estatal y de la sociedad en general. El supra citado Plan de Acción para las Personas con Discapacidad, dedica un aparte para realizar toda una valoración de las dimensiones y el impacto que en 1982 se conocía sobre el tema.

Hay en el mundo actual un número grande y creciente de personas con discapacidad. La cifra estimada de 500 millones se ve confirmada por los resultados de encuestas a segmentos de población, unidos a las observaciones de investigadores experimentados. En la mayoría de los países, por lo menos una de cada diez personas tiene una deficiencia física, mental o sensorial, y la presencia de la discapacidad repercute de modo adverso en, al menos, el 25 por ciento de toda la población<sup>43</sup>.

Este mismo documento hace un reconocimiento sobre la variedad de causas que inciden en este fenómeno, poniendo especial énfasis en las circunstancias socioeconómicas y en las disposiciones que cada sociedad adopta para lograr el bienestar de sus miembros. Retoma además, estudios que evidencian la exclusión a los servicios que vive esta colectividad y la dificultad que imponen barreras de diferente naturaleza, para que los individuos puedan lograr su desarrollo: “Según un estudio realizado por expertos, se estima que,

---

<sup>43</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 3752, *Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*. ONU, 3 de diciembre de 1982.

por lo menos, 350 millones de personas con discapacidad viven en zonas donde no se dispone de los servicios necesarios para ayudarles a superar sus limitaciones. Una gran parte de las personas con discapacidad está expuesta a barreras físicas, culturales y sociales que obstaculizan su vida, aun cuando se disponga de ayuda para su rehabilitación”<sup>44</sup>.

Se anotan con exhaustiva precisión las causas fundamentales del fenómeno de la discapacidad, que se transcriben de manera integral, por no ameritar mayor comentario:

El aumento del número de personas con discapacidad y su marginación social puede atribuirse a muchos factores. Entre ellos figuran:

- a) Las guerras y sus consecuencias y otras formas de violencia y destrucción; el hambre, la pobreza, las epidemias y los grandes movimientos de población.
- b) La elevada proporción de familias sobrecargadas y empobrecidas; hacinamiento e insalubridad en vivienda y condiciones de vida.
- c) Poblaciones con alto porcentaje de analfabetismo y escasa toma de conciencia en materia de servicios sociales básicos o de medidas sanitarias y educativas.
- d) Falta de conocimientos precisos sobre la discapacidad, sus causas, prevención y tratamiento; esto incluye la estigmatización, la discriminación y las ideas erróneas sobre la discapacidad.
- e) Programas inadecuados de asistencia y servicios de atención primaria de salud.
- f) Obstáculos, como la falta de recursos, las distancias geográficas y las barreras sociales, que impiden a mucha gente beneficiarse de los servicios disponibles.
- g) La canalización de recursos a servicios muy especializados, que son irrelevantes para las necesidades de la mayoría de las personas que requieren ayuda.

---

<sup>44</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 3752, *Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*. ONU, 3 de diciembre de 1982.



- h) Falta absoluta, o situación deficiente, de la infraestructura de servicios relativos a asistencia social, sanidad, educación, formación profesional y empleo.
- i) La baja prioridad concedida, en el contexto del desarrollo social y económico, a las actividades relativas a equiparación de oportunidades, prevención de deficiencias y su rehabilitación.
- j) Los accidentes en la industria, la agricultura o en relación con los transportes.
- k) Los terremotos y otras catástrofes naturales.
- l) La contaminación del medio ambiente.
- m) El estado de tensión y otros problemas psicosociales que entraña el paso de una sociedad tradicional a una moderna.
- n) El uso imprudente de medicamentos, el empleo indebido de sustancias terapéuticas y el uso ilícito de drogas y estimulantes.
- o) El tratamiento incorrecto de los lesionados en momentos de catástrofe, que puede ser la causa de deficiencias evitables.
- p) La urbanización y el crecimiento demográfico y otros factores indirectos<sup>45</sup>.

Es conveniente hacer notar que la mayoría de las causas reseñadas en el listado transcrito, aluden de manera directa a la falta de realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la población expuesta a esta condición, lo que en parte se traduce en el incumplimiento sistemático de los deberes que tienen los Estados de garantizar, –como lo consignan todos los acuerdos internacionales en derechos humanos aquí reseñados–, el acceso real y efectivo de esta agrupación, en igualdad de oportunidades, a los medios para lograr su desarrollo y superación.

Así pues, queda claro que no basta con suscribir y ratificar acuerdos Internacionales sobre Derechos Humanos, pues son los Estados quienes por medio de su legislación y de la adopción de políticas públicas en la materia, pueden garantizar la efectiva realización de esos derechos.

---

<sup>45</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución número 3752, *Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*. ONU, 3 de diciembre de 1982.

Quizás la conclusión más relevante que se puede extraer en la actualidad sobre este panorama expuesto hace más de 2 décadas, es que la situación es la misma y que más bien ha empeorado como producto de la globalización.

La realización de los Derechos Humanos enfrenta un nuevo reto, impuesto por los recientes acontecimientos en la geopolítica, teñida ahora por intereses comerciales estructurados en acuerdos internacionales de libre comercio, suscritos entre las naciones centrales con sus periferias. Estos introducen nuevos matices a la realidad socioeconómica de los pueblos, por las enormes implicaciones que tienen dichos tratados sobre los sistemas jurídicos nacionales, especialmente sobre los regímenes constitucionales, y por tanto sobre la tutela que garantizan estos a los derechos de los ciudadanos, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, no se profundiza el análisis en este aspecto por exceder los alcances de esta investigación.

Por último, y para finalizar este comentario sobre el estado de realización de los derechos económicos sociales y culturales de la población de personas con discapacidad, se transcribe una afirmación lapidaria apuntada en el programa de la ONU en comentario líneas atrás, que mantiene plena vigencia en los inicios de este siglo:

La relación entre discapacidad y pobreza ha quedado claramente demostrada. Si bien el riesgo de deficiencia es mucho mayor entre los pobres, también se da la relación recíproca. El nacimiento de un niño con deficiencia o el hecho de que a una persona de la familia le sobrevenga alguna discapacidad suele imponer una pesada carga a los limitados recursos de la familia y afecta a su moral, sumiéndola aún más en la pobreza. El efecto combinado de estos factores hace que la proporción de personas con discapacidad sea más alta en los estratos más pobres de la sociedad. Por esta razón, el número de familias pobres afectadas aumenta continuamente en términos absolutos. Los efectos negativos de estas tendencias obstaculizan seriamente el proceso de desarrollo<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 3752, *Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*. ONU, 3 de diciembre de 1982.

En el caso particular de las Américas el fenómeno de la discapacidad no se aleja en su realidad de lo comentado hasta ahora, de hecho la amplia mayoría de países en vías de desarrollo que componen la región, son un indicio para ratificar lo ya señalado por la resolución 3752 de la ONU, cuando anota:

Es preciso poner especialmente de relieve los problemas de las discapacidades en los países en desarrollo. Nada menos que el 80 por ciento del total de las personas con discapacidad viven en zonas rurales aisladas de dichos países. En algunos de éstos, la proporción de personas con discapacidad se calcula en hasta un 20 por ciento y, si se incluyen familias y parientes, los efectos adversos de la discapacidad pueden afectar al 50 por ciento de la población. El problema se agudiza por el hecho de que, por lo general, las personas con discapacidad suelen ser también sumamente pobres; a menudo viven en zonas donde los servicios médicos y afines son escasos o faltan totalmente, donde las deficiencias no son ni pueden ser detectadas a tiempo. Cuando reciben atención médica, si la llegan a recibir, la deficiencia puede haberse hecho irreversible. En muchos países no son suficientes los recursos para detectar e impedir las deficiencias ni para satisfacer las necesidades de servicios de rehabilitación y apoyo para la población afectada. No hay bastante personal calificado y falta investigación respecto a estrategias y enfoques nuevos y más eficaces para la rehabilitación y la fabricación y suministro de ayudas y equipo para las personas con discapacidad<sup>47</sup>.

Luego de este rápido repaso, donde se destaca el renovado interés internacional por tutelar efectivamente los derechos de las minorías vulnerables y particularmente de las personas con discapacidad, se realizan, en el capítulo final de este estudio, una serie de reflexiones sobre la situación actual de este colectivo.

### **Derechos humanos de las personas con discapacidad, realidad o quimera**

Habida cuenta de la escasa información disponible –como estadísticas, literatura y estudios en general– sobre el tema de la discapacidad y de la situación real de este colectivo, (hecho que debe

---

<sup>47</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 3752, *Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*. ONU, 3 de diciembre de 1982.

llamar la atención, debido a que es un indicador que permite vislumbrar el abandono que por parte de los gobiernos, padece este colectivo), se decidió a modo de cierre, dejar planteada la envergadura de la problemática y los retos que implica para los distintos países de la región, haciendo especial énfasis en la realización de los derechos a la educación, al trabajo y a la salud. Para finalizar se plantean algunos aspectos o temas no resueltos, con el propósito de estimular a la reflexión del lector y eventualmente al debate de las ideas sobre el tema, en los foros que se logren construir para tal efecto, sobre posibles mecanismos que funcionen como aceleradores del proceso de disfrute efectivo de los derechos de esta población.

Se puede sostener sin temor a equivocarse, que al cumplirse un lustro de la promulgación de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, los estados en la figura de sus Instituciones, tanto públicas como privadas, no han logrado promover cambios tan significativos como se hubiesen esperado con la adopción de la norma en comentario. La poca producción de normativa interna en los países, que de forma específica desarrolle la protección de los derechos de este colectivo, es una muestra más de la falta de compromiso y continuidad al proceso que llegó a desencadenar la adopción de esta Convención.

El relativamente escaso efecto de esta Convención al interior de los países suscriptores, puede deberse en primer término a la enorme falta de conciencia que existe en las sociedades americanas sobre la discapacidad, a pesar de que un alto porcentaje de la población enfrenta su vida con esta condición. Esta inconciencia ha provocado que los planificadores de políticas públicas, tanto gobernantes como administradores, muy a pesar de los postulados de la convención, no hayan logrado convertir este tema en parte de su trabajo y del modelo de desarrollo de sus países.

Una segunda causa que está provocando la falta de aplicación de medidas tendientes a la equiparación de oportunidades de las personas con discapacidad, es la carencia de recursos financieros que permitan a los estados, desarrollar programas de promoción de los derechos de esta población y la eliminación de las barreras, que impiden el ejercicio activo de los derechos económicos, sociales y culturales de esta población.

Esta situación constituye además un llamado de atención muy serio para las agencias internacionales de cooperación, a fin de que estas replanteen las inversiones que tradicionalmente realizan en el campo de la promoción de los derechos humanos, pues en la mayoría de las ocasiones enfrentan el tema como una problemática de los migrantes, o de los indígenas, entre otros, pero hasta la fecha la inversión abierta y directamente vinculada con la discapacidad no se ha cristalizado.

Son nulos los ejemplos concretos en la región, que evidencien resuelto el problema que tiene esta agrupación para acceder al empleo, educación y salud. De hecho son pocas las referencias a este tema en las campañas políticas y en los planes de gobierno de los candidatos a ocupar puestos de elección popular.

Otra causa para la falta de aplicación de esta ley radica muy posiblemente en la falta de acceso que tradicionalmente ha tenido este colectivo a espacios de participación ciudadana donde poder realizar sus reclamos como agrupación, a lo que debe sumarse la limitada articulación gremial, ambas situaciones provocadas por la falta de acceso durante décadas, a servicios básicos para su desarrollo, como educación, comunicación, información, transporte, etc.

¿Por qué este gremio ha sido invisibilizado por la sociedad? Aunque sea inaceptable, la participación de esta población en la definición de su situación como grupo y en la planificación de las políticas públicas necesarias para la mejora de sus condiciones de vida ha sido más que marginal, casi nula, por las razones anotadas y a las que se suma un marcado paternalismo de los otros sectores de la sociedad, que han participado en los primeros pasos del despertar y organización de este colectivo.

No es que la convención no sirva o que no tuvo sentido su adopción, pues sería muy miope y cortoplacista sostener semejante postura. Además sería un absurdo desconocimiento sobre la extensa legislación internacional que sustenta los postulados de ésta. Falta esperar a que la ley empiece a cumplirse y a dar sus frutos, es decir, a convertirse en vivencia diaria, en actitud colectiva, en respeto consciente, pasar de la letra a la práctica cotidiana. Para llegar a este ideal no resulta suficiente afirmar que las personas con discapacidad ya tienen sus derechos garantizados. Lo necesario, con carácter de urgencia, además de una tutela efectiva al interior de cada país

(donde los tribunales de justicia puedan sentar precedentes significativos, con mecanismos más expeditos para tal efecto), es que también exista un cambio de mentalidad en todas las personas, pero especialmente en las que no conviven con esta realidad ya que éstas tienen una percepción negativa o distorsionada de las personas con discapacidad, producto del desconocimiento al no enfrentar esta situación a diario, o hacerlo a través de los prejuicios heredados, imperantes aún en la conciencia colectiva.

Para este cambio de mentalidad solo existe una salida que es la convivencia. No se puede hablar de lo que no se conoce, no se puede pensar en respeto si no se practica. Es urgente que se construyan en todos los espacios familiares, comunales, políticos y sociales en general oportunidades de encuentro entre las personas, sin distinción y sin que sus condiciones particulares sean motivo de discriminación.

Por ahora no se puede hablar de respeto al derecho a la educación, cuando la gran mayoría de las escuelas y colegios del continente, no reúnen ni las condiciones más básicas para recibir a una persona con discapacidad, no sólo en términos de su infraestructura, sino de recursos humanos preparados para apoyar a esta población.

Lo mismo se puede afirmar sobre el acceso a la educación superior –universidad accesible–, realidad lejana por ahora, pues no es suficiente con decir que cada día son más los miembros de este colectivo que llegan a dicho nivel educativo, cuando en el fondo se sabe que los que lo han logrado ha sido por su férrea lucha contra un sistema totalmente excluyente. La realidad es que todavía no existe la suficiente voluntad política, ni los recursos para brindar las condiciones mínimas de acceso a campos tan indispensables en la educación superior como el acceso a la información y a la tecnología, realidad que se palpa en las bibliotecas, laboratorios y demás servicios.

El reto está en asumir el sistema educativo como un todo y pensar en su reforma, pero no sólo en términos de contenidos o de programas de estudios, sino de metodologías de enseñanza que prevean la formación de valores que, de manera integral, eduquen a las nuevas generaciones en temas tan trascendentales para la consolidación de la democracia como los derechos humanos a lo largo de todo el proceso de formación, es decir, desde la estimulación temprana hasta los estudios de postgrado.

En el campo del respeto al derecho del acceso a la salud, la situación de desatención es similar y no parecen existir soluciones en el corto plazo, para romper con el abandono en que se encuentran las personas con discapacidad, que viven, o mejor dicho sobreviven, en las zonas rurales, pues los servicios médicos y de rehabilitación no están en condiciones de suministrar cobertura suficiente en las zonas lejanas a los centros de población, donde son deficientes. Uno de los problemas más alarmantes en la actualidad es el del acceso oportuno de la población a la salud, que se agrava si se revisan las pobres condiciones de accesibilidad con que cuentan estos servicios en toda la región.

Más grave resulta admitir que más allá de las limitaciones de cobertura, existen otras en el orden de la carencia casi total de políticas institucionales y de planificación, que permitan la inversión de recursos humanos y financieros por parte de las instituciones que hoy administran estos servicios de manera suficiente y oportuna, para atender adecuadamente las necesidades de un colectivo que representa un altísimo porcentaje de la población. Dichas limitaciones crecen día con día producto de la inconsciencia de muchos, que consideran la discapacidad como un fenómeno aislado y lejano a ellos, y que desconocen que las principales causas de la existencia de una población de personas con discapacidad no son las enfermedades ni las causas genéticas hereditarias sino los accidentes de tránsito y de índole laboral, así como la guerra y otros desórdenes civiles que padece la región.

El efecto de la marginación de las personas con discapacidad tiene consecuencias que van más allá de las dificultades que afronta cada individuo inmerso en esta situación para salir adelante, e incluso van más allá de las limitaciones que sufre cada familia que convive con esta realidad. El fenómeno social de la discapacidad incide en todos los campos del quehacer humano y de este efecto no se pueden excluir los indicadores económicos de cualquier país, como se comentó en el capítulo anterior. La discapacidad ha sido, en la mayoría de las ocasiones, hermana de la pobreza, pues las personas que se encuentran en esta situación tienen enormes dificultades para conseguir un trabajo digno, en parte por la poca educación a la que han tenido acceso, producto de la realidad que se describe y, por otra parte, debido a la negativa fundada en prejuicios heredados e injustificados de los empleadores que no han querido darles la oportunidad de demostrar sus capacidades y cualidades.

El derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en esta región, inmersa en la corriente de la globalización, (fiel seguidora de lo que José Stiglitz denominó en su libro *El Malestar en la Globalización*, como “*el fundamentalismo del mercado*”), enfrenta un panorama tan o más oscuro que los otros derechos humanos denominados de segunda generación, o derechos económicos, sociales y culturales, de estas poblaciones vulnerables, si los Estados no actúan de inmediato adoptando medidas que garanticen esas opciones de trabajo, muy por encima de la rentabilidad y productividad de los negocios, dioses éstos de la nueva y deshumanizada economía mundial.

Por las circunstancias externas, el reto en este campo es aún más difícil de asumir que en otros casos, en tanto el panorama geopolítico permite vislumbrar tiempos aciagos para las políticas públicas en materia de empleo. La competitividad y la visión de mundo que se comienza a imponer desde la caída de la Unión Soviética hace casi 3 lustros, obliga a presumir que en este proceso denominado globalización, los más vulnerables serán las minorías, entre ellos, las personas con discapacidad.

Resulta ineludible destacar la enorme responsabilidad del Estado para con esta población, no sólo desde el ámbito del diseño e implementación de políticas públicas en materia de empleo, sino como un promotor activo de esas mismas políticas, es decir, no se trata de dictar lineamientos, se trata de acatarlos dando así un ejemplo al resto de la sociedad, lo que al día de hoy resulta una quimera.

## **Conclusión**

La consecuencia más dolorosa de la inconsciencia colectiva, que existe en torno a la discapacidad, es el desconocimiento egoísta de que las mejoras y adecuaciones en el entorno no son un privilegio para esta agrupación. ¿Cuál mujer embarazada, o cuál adulto mayor o qué deportista con una inmovilización temporal de una de sus extremidades por causa de una lesión, no se ven favorecidos con la existencia de rampas de acceso al transporte público, o a los edificios que suele visitar? Ejemplos como éstos se pueden comentar hasta el cansancio y no sólo haciendo referencia a las limitaciones arquitectónicas o infraestructurales del entorno, pero todos conducen



a la misma reflexión: ¿Cuándo cada hombre o mujer, sus hijos o sus padres, estarán en una situación en la cual se vean enfrentados a esta realidad y más aún, cuándo llegará el día en que esta preocupación deje de serlo, gracias a la previsión y la consideración de los arquitectos de la sociedad del futuro, quienes pensando en todos y en la diversidad de necesidades que tiene el ser humano por naturaleza, eliminarán las barreras que atentaban contra la convivencia con igualdad de oportunidades?

Surge la inevitable pregunta, ¿existe un interés real porque las personas con discapacidad participen en todas las dinámicas sociales? La respuesta es que todavía no. Posiblemente ese interés no exista hasta que todos aprendan a convivir con un ciego y sepan responderse a la pregunta de cómo escoge los colores de su ropa, o cómo usa el Internet, hasta que sepan decir con certeza cómo un sordo se comunica por teléfono, o cómo entiende las películas en la televisión, hasta que cada ser humano comprenda cómo una persona en silla de ruedas cruza una calle o se sube al autobús.

La población con discapacidad sólo reclama los mismos derechos que tiene cualquier ciudadano, derechos consagrados, como se ha repasado a lo largo de esta investigación, no sólo en los instrumentos universales y continentales sobre derechos humanos, sino en incontables normas generales que existen al interior de cada país, e incluso en menor medida, en algunas leyes específicas que promueven una tutela especial para este colectivo. Dicha población sólo exige que se dejen de inventar categorías especiales para denominarlos y que se revisen las actitudes colectivas e individuales sobre este tema, ya que a veces pareciera que pesan más los prejuicios y los temores, que la lógica y el respeto a los derechos humanos, que son una construcción de la sociedad en su conjunto y, por tanto, patrimonio de ésta.

Falta empatía para entender cómo los demás individuos viven su vida y cómo con las actitudes individuales de cada ser humano, sumadas a una tutela efectiva de los derechos humanos, se avanza mucho más que con discursos y promesas, haciendo –por medio de una sólida educación– que los futuros ingenieros antes de diseñar una escalera piensen en las rampas, que los futuros ingenieros de sistemas piensen al diseñar una página web que los ciegos no navegan de la misma manera que los videntes por Internet, que los futuros curiosos no le hagan la misma pregunta que le hicieron al hoy difunto expresidente de República Dominicana, Joaquín Balaguer,

sobre su ceguera y la incidencia de ésta en su capacidad para gobernar, de forma que se eviten la sabia, franca y verdadera respuesta de este exponente de la política latinoamericana cuando, a riesgo de mal parafrasearlo, respondió que no tenía ningún problema con eso, pues no había sido electo para enhebrar agujas.

En síntesis, lo que se plantea es que se brinde una merecida oportunidad para demostrar las cualidades de esta población. Es necesaria la introducción progresiva y temporal de oportunidades por vía de la discriminación positiva, definida ésta como distinción o preferencia en los términos que sabiamente define la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en su artículo 1b: “No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia...”.

Lo anterior, al lado de una progresiva consolidación de estos derechos en todos los instrumentos legales que otorguen prerrogativas o facultades a los ciudadanos, –no sólo como enunciados, sino con una clara definición de mecanismos para la exigibilidad de su cumplimiento–, son los únicos instrumentos viables actualmente para lograr un cambio sustancial en la cultura de este país y posiblemente de toda América, para de ese modo, conseguir el respeto y confianza necesaria para que todos los individuos puedan actuar y convivir como iguales.

Es largo el camino que resta por transitar para este segmento de la población, pero queda la enseñanza de otros grupos que en el pasado se organizaron para defender sus derechos y acceder a posiciones de poder que les permitieron influir sobre la definición de políticas públicas que amparasen sus legítimos reclamos, como en su momento lo hicieron –de hecho en muchas latitudes aún lo intentan– las minorías étnicas y religiosas, las mujeres, etc. Estos son claros ejemplos de compromiso y de trabajo organizado, que demuestran que la sociedad y el sistema, aunque imperfectos, son la única vía legítima para cambiar las realidades y lograr así modelos de convivencia más humanos.



# Instituto Interamericano de Derechos Humanos

## Asamblea General

(2004-2006)

Thomas Buergenthal  
Presidente Honorario

Sonia Picado  
Presidenta

Rodolfo Stavenhagen  
Vicepresidente

María Elena Martínez  
Vicepresidenta

Mayra Alarcón Alba  
Line Barairo  
Lloyd G. Barnett  
César Barros Leal  
Allan Brewer-Carías  
Marco Tulio Bruni-Celli  
Gisèle Côté-Harper  
Margaret E. Crahan  
Mariano Fiallos Oyanguren  
Héctor Fix-Zamudio  
Robert K. Goldman  
Claudio Grossman  
Juan E. Méndez  
Sandra Morelli Rico  
Pedro Nikken  
Elizabeth Odio Benito  
Nina Pacari  
Máximo Pacheco Gómez  
Mónica Pinto  
Hernán Salgado Pesantes  
Wendy Singh  
Cristian Tattenbach

### Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Clare Kamau Roberts  
Susana Villarán  
Paulo Sérgio Pinheiro  
José Zalaquett  
Evelio Fernández Arévalos  
Freddy Gutiérrez Trejo  
Florentín Meléndez

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sergio García Ramírez  
Alirio Abreu Burelli  
Oliver Jackman  
Antônio A. Cançado Trindade  
Cecilia Medina Quiroga  
Manuel E. Ventura Robles  
Diego García Sayán

Roberto Cuéllar M.  
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

REVISTA **IIDH**

Editora:  
Marisol Molestina, Unidad de Información y Servicio Editorial

La Revista IIDH es una publicación semestral  
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos